

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA  
ESCUELA DE POSTGRADO  
SECCION DE POSTGRADO EN DERECHO**



**PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO  
MENCION EN DERECHO PENAL**

**“LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS  
PERSONAS JURÍDICAS RESPECTO A DELITOS  
CONTRA LA FE PÚBLICA, EN LA MODALIDAD DE  
USO DE DOCUMENTO FALSO, EN PROCESO DE  
CONTRATACIÓN PÚBLICA”**

**TESIS**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE  
MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCION  
EN DERECHO PENAL**

**Abog. JORGE LUIS ALAMO SANCHEZ  
Abog. FRIDA FABIOLA SEMINARIO GUERRERO**

**PIURA – PERÚ**

**2016**


**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA  
ESCUELA DE POSTGRADO  
SECCION DE POSTGRADO EN DERECHO**



**PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO  
MENCION EN DERECHO PENAL**

**“LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS  
PERSONAS JURÍDICAS RESPECTO A DELITOS  
CONTRA LA FE PÚBLICA, EN LA MODALIDAD DE  
USO DE DOCUMENTO FALSO, EN PROCESO DE  
CONTRATACIÓN PÚBLICA”**

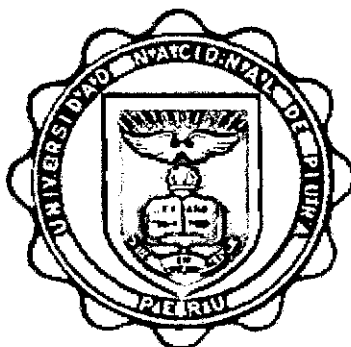
**CERTIFICAMOS QUE LA PRESENTE TESIS ES DE  
NUESTRA AUTORIA**

  
Abog. Frida Fabiola Seminario Guerrero  
Ejecutor

  
Abog. Jorge Luis Alamo Sánchez  
Ejecutor

  
Mg. Ernesto Villalta Pulache  
Asesor

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA  
ESCUELA DE POSTGRADO  
SECCION DE POSTGRADO EN DERECHO**



**PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO  
MENCION EN DERECHO PENAL**

**“LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS  
PERSONAS JURÍDICAS RESPECTO A DELITOS  
CONTRA LA FE PÚBLICA, EN LA MODALIDAD DE  
USO DE DOCUMENTO FALSO, EN PROCESO DE  
CONTRATACIÓN PÚBLICA”**

  
Dr. JUAN CARLOS NEGRO BALAREZO  
PRESIDENTE

  
M.Sc. LUIS YAJEN HIDALDO  
SECRETARIO

  
M.Sc. JORGE OMAR SANTA MARIA MORILLO  
VOCAL

## **DEDICATORIA**

QUEREMOS DEDICARLE ESTE TRABAJO A DIOS, QUE SIEMPRE GUÍA  
NUESTROS PASOS, Y NOS HA DADO LA VIDA Y FORTALEZA PARA  
CONCLUIR ESTE PROYECTO DE TESIS; ASÍ MISMO, A NUESTROS PADRES  
POR SU CONSTANTE E INCONDICIONAL APOYO PARA LOGRAR ESTE  
IMPORTANTE OBJETIVO PROFESIONAL.

## **AGRADECIMIENTO**

LOS AUTORES DESEAN MANIFESTAR SU AGRADECIMIENTO A LOS DOCENTES Y PERSONAL ENCARGADO DE LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA, PUES GRACIAS A SU GUÍA PROFESIONAL NOS FUE POSIBLE LA ELABORACIÓN DEL PRESENTE PROYECTO DE TESIS.

## RESUMEN

Actualmente, en el ordenamiento jurídico-penal peruano rige el principio "*societas delinquere non potest*", la sociedad, la empresa, no puede delinquir; pero la realidad contemporánea hace necesario se asuma el principio "*societas delinquere potest*", la empresa puede delinquir, a fin de poder asumir las nuevas formas de criminalidad existentes. Esta responsabilidad penal de las personas jurídicas pasa por la reformulación de las categorías jurídicas (acción y culpabilidad) diseñadas exclusivamente para la responsabilidad individual.

Las consecuencias accesorias establecidas en nuestra legislación penal peruana si bien no responden plenamente al principio "*societas delinquere potest*", se constituyen en avances para asumir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, a figura denominada "actuar en lugar de otro" regulada en nuestro Código Penal, no resuelve la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en tanto la misma busca responsabilizar al autor representante de la empresa por las actuaciones que le son competentes al configurarse el hecho delictivo.

Es difícil sostener que el dogma de la responsabilidad penal individual constituya un obstáculo insuperable, pudiéndose establecer en el ordenamiento jurídico-penal peruano la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para lo

cual debemos tomar como ejemplo al Derecho Penal español y su proceso de reforma legal para incorporar la responsabilidad penal de la propia persona jurídica; concretizando (según el apartado 7 del artículo 33 de la reforma del Código Penal español, efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, del 22 de Junio) la pena para las personas jurídicas por el delito de uso de documento falso, en la contratación pública.

## **ABSTRACT**

Currently, in the Peruvian criminal legal system governs the principle "societas delinquere non potest" society, the company can not commit a crime; but contemporary reality necessitates the principle "societas delinquere potest" is assumed, the company can commit a crime, in order to embrace new forms of existing crime. The criminal liability of legal persons passing through the reformulation of the legal categories (action and guilt) designed exclusively for individual responsibility.

The accessory penalties established in our Peruvian criminal law although not fully comply with the principle "societas delinquere potest" constitute advances to assume criminal liability of legal persons.

However, a mechanism called "acting instead" regulated in our Criminal Code does not solve the problem of the criminal responsibility of legal persons, as it seeks to blame the author representative of the company for the actions that are you competent to set up the offense.

It is difficult to argue that the dogma of individual criminal responsibility constitutes an insurmountable obstacle, possibly with the Peruvian criminal legal system criminal liability of legal persons, for which we take as an example the Spanish criminal law and legal reform process to incorporate the criminal liability of the legal person itself; concretizing (according to paragraph 7 of Article 33 of the reform of the Spanish Penal Code, made by the Organic Law 5/2010, of June 22) the penalty for legal persons for the offense of using a false document, in public procurement .



## **INDICE TEMÁTICO**

INTRODUCCIÓN	01
 CAPÍTULO I: DISEÑO METODOLÓGICO	 07
1.1.- DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO	07
1.2.- FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA	08
1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	08
1.4.- JUSTIFICACIÓN	09
1.5.- OBJETIVOS	09
1.6.- HIPÓTESIS GENERAL	10
1.7.- IDENTIFICACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE VARIABLES	10
1.8.- ALCANCES Y LIMITACIONES	11
1.9.- METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	12
1.10.- OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	12
1.11.- GLOSARIO	16
 CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	 18
2.1.- LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL MODERNO DERECHO PENAL	18
2.1.1.- Cuestiones generales	18
2.1.2.- Los grandes sistemas jurídicos y la responsabilidad de las personas jurídicas	 27

2.1.3.- Crisis del principio <i>societas delinquere non potest</i> en los ordenamientos jurídicos tributarios del Derecho romano- germánico	32
2.2.- LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL MODERNO DERECHO PROCESAL PENAL	41
2.3.- LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO COMPARADO	45
2.3.1.- En el Perú	47
2.3.2.- En Francia	55
2.3.3.- En Holanda	57
2.3.4.- En España, Grecia, Alemania e Italia	57
2.3.5.- En el Sistema Inglés	61
2.3.6.- En el Derecho Brasileño	63
2.4.- VIABILIDAD JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	65
CAPITULO III: PROBANZA DE LA HIPÓTESIS	74
3.1.- ANÁLISIS DOCTRINARIO Y NORMATIVO DE LAS VARIABLES	74
3.1.1.- Variable V1 – Variable V1.1	74
3.1.2.- Variable V2 – Variable V2.1	79

3.1.3.- Variable V3 – Variable V3.1	84
3.1.4.- Variable V3 – Variable V3.2	90
3.1.5.- Variable V4 – Variable V4.1	93
3.1.6.- Variable V4 – Variable V4.2	96
3.1.7.- Variable V4 – Variable V4.3	100
3.1.8.- Variable V5 – Variable V5.1	107
3.1.9.- Variable V6 – Variable V6.1	117
3.1.10.-Variable V6 – Variable V6.2	119
 3.2.- EL ACUERDO PLENARIO Nº 7-2009 DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA PERSONA JURÍDICA Y LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS	   124
 3.3.- EL DERECHO PENAL ESPAÑOL Y SU PROCESO DE REFORMA LEGAL PARA INCORPORAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PROPIA PERSONA JURÍDICA	   128
 CONCLUSIONES	 143
 RECOMENDACIONES	 146
 APORTES	 147
 BIBLIOGRAFÍA	 148

## **INTRODUCCIÓN**

Actualmente el ordenamiento penal peruano no sanciona directamente a las personas jurídicas, sino que reconoce la responsabilidad penal sólo para las personas físicas o individuales. Por eso, está regulada la fórmula del "actuar en nombre de otro" (artículo 27 del Código Penal) y las "consecuencias accesorias" (artículo 105 del Código Penal); las cuales no son ni penas ni medidas de seguridad, sino meras sanciones penales de carácter especial aplicables a las personas jurídicas.

Tal es así, que la doctrina peruana, en su mayoría, declara que *"aceptar la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas sería modificar radicalmente las proposiciones básicas sobre las que descansa desde algún tiempo la sistemática jurídico-penal euro-continental; por lo que, si partimos del criterio antropocéntrico y jurídico-constitucional del respeto de la dignidad de la persona humana es innegable que la sanción penal a los entes colectivos debe descartarse desde el principio; además los entes colectivos no pueden ser motivados por las normas jurídico-penales"*.

Esta doctrina considera la existencia de la persona jurídica en el sentido de que detrás de ella hay una realidad orgánico-biológica que la sustenta, y puede realizar los actos correspondientes en el tráfico jurídico. Por eso, manifiesta que existe una diferencia sustancial entre la acción de la persona concreta (el órgano o representante) y la acción de la propia persona jurídica; teniendo en cuenta que no

se trata de una relación para con el otro, sino de una relación en la que el otro está necesariamente presente. No pudiéndose afirmar que el ente colectivo delinque por medio de sus miembros, sino que sus miembros u órganos delinquen por medio del ente que han constituido. El ente es instrumento de sus miembros.

Esto es así, en el terreno penal eurocontinental (al menos de España y Alemania) del cual somos tributarios, pues aquí las personas jurídicas no tienen responsabilidad penal directa, sino sólo los órganos de administración y de dirección que actúan por ella; por eso, se opta por la búsqueda de vías de imputación individual que ofrece la dogmática jurídico-penal; donde las alternativas de corte individual tienen que estar precedidas de aquellas personas o miembros que conforman el ente colectivo. Una vez ubicados dichos miembros, el sistema de imputación penal propiamente dicho, puede dividirse en dos partes: por un lado, la utilización de los instrumentos dogmáticos llamados "clásicos", como por ejemplo, la teoría de la autoría y participación, el sistema de la culpa, entre otros; y por otro lado, el uso de aquellos instrumentos dogmáticos llamados "específicos" que la doctrina y la jurisprudencia –ahora ya en el marco del Derecho Penal económico y empresarial- emplean principalmente para atribuir y sancionar a la criminalidad económica.

Así pueden ubicarse en este punto, el instituto del "actuar en nombre de otro" (artículo 27 del Código Penal peruano) a nivel imputativo, y las "consecuencias accesorias" en el ámbito de las consecuencias jurídicas derivadas del hecho punible. Estos institutos, muy ligados concretamente al problema de la

criminalidad de la empresa, son muestras palpables, una vez más, de la irresponsabilidad de dichos entes colectivos; de manera tal que las personas jurídicas no ingresan al ámbito penal de manera "directa" o "principal" para su sancionabilidad sino de una forma "accesoria" o "subsidiaria" (recuérdese las medidas reguladas en los artículos 104 y 105 del Código Penal peruano que afectan básicamente al patrimonio social como medidas administrativas impuestas por un órgano penal) en la medida en que pueda haber una persona física previamente responsable ubicada en el seno de una empresa.

Es decir, que la irresponsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito jurídico-penal peruano, no implica necesariamente que estas no estén sujetas a medidas preventivas y a las responsabilidades civiles. Optándose también por instrumentalizar la autoría mediata, esto es, los órganos directivos pueden acceder al concepto de "hombre de atrás" pero en su versión de dominar, no la voluntad del subordinado "hombre de adelante", sino un aparato organizado de poder -una organización empresarial o de Administración Pública-. Así mismo, se admite que los órganos directivos tienen posición de garante frente a los bienes jurídicos tutelados -la mayoría de veces son colectivos- que cumplen una función económica y social.

Sin embargo, según nuestra posición, es innegable que actualmente en el sistema penal peruano, que no reconoce la capacidad penal a los entes colectivos, el nivel de efectividad sancionatoria se reduce ostensiblemente, ya que implica una impunidad a los auténticos responsables que actuaron a favor de la persona

jurídica. Por tal motivo, sostener la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas no significa que deba quedar perennizada en el tiempo y no pueda ser sometida a revisión, y a una derogación; creándose, consecuentemente, un modelo punitivo aplicable a las personas jurídicas, más aún cuando cada día las crecientes necesidades de orden político-criminal que tienen su base empírica (los perjuicios irreparables, las dificultades probatorias, la aptitud criminal del grupo, etc.) así lo exigen.

En otras palabras, nuestra posición considera inevitable recepcionar en el Perú la responsabilidad penal en forma directa de la persona jurídica, trascendiendo más bien la preocupación, de si estos entes colectivos necesitan ser sancionados penalmente, a cómo y en que medida lo hacemos, sobre todo respecto a delitos contra la fe pública, al pretender una empresa contratar con el Estado, debido al aumento de este tipo de contratos públicos en la actualidad.

Por lo que, al no ser compartida esta posición con gran parte de la doctrina peruana y latinoamericana, se plantea el siguiente problema: **¿Se debe establecer responsabilidad penal para las personas jurídicas, y cuál sería su pena respecto a los delitos contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento falso, en proceso de contratación pública?**

Esta pregunta se ha tratado de responder utilizando la doctrina, y la normatividad vigente, desarrollando así un trabajo de carácter descriptivo, correlacional, no experimental y documental.

El presente trabajo de investigación se inicia con el primer capítulo, el cual plantea el problema expuesto; así como el objetivo y la hipótesis general, sosteniendo que **"debe establecerse responsabilidad penal para las personas jurídicas, determinando la pena respecto a los delitos contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento falso, en proceso de contratación pública"**; se explicitan las variables y el modo de su operacionalización, utilizando el método exegético, el dogmático, recurriendo al método inductivo contrastando las variables, lo que permitirá validar la hipótesis planteada.

El segundo capítulo contiene las bases teóricas, cuyo objetivo es dar a conocer las características de las personas jurídicas, y el trato que se le da a la responsabilidad penal de éstas en el derecho comparado; a fin de demostrar la viabilidad jurídica, en nuestro sistema, de la responsabilidad penal de dichas personas jurídicas.

En el tercer capítulo, se efectúa el análisis doctrinario, normativo, jurisprudencial y comparado de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, determinando la pena del delito de uso de documento falso en la contratación pública, probando así la hipótesis planteada.

Después del análisis respectivo, se concluye que debe establecerse la responsabilidad penal para las personas jurídicas, determinando la pena para el delito de uso de documento falso, en la contratación pública.



En la parte de recomendaciones, sugiero que se debe realizar un proceso de reforma legal para incorporar la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, pues así lo exige la actual realidad político-criminal peruana, para compatibilizar las normas en un sistema jurídico armónico.

En cuanto a mis aportes, considero que el Congreso de la República, debe otorgar una Ley que modifique los artículos 104 y 105 del Código Penal, estableciendo la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas.

Finalmente, expongo mi resumen respecto a este trabajo de investigación y análisis, no sólo asumiendo mi posición concreta sobre el tema, sino teniendo en cuenta nuestro actual sistema de derecho.

## **CAPÍTULO I**

### **DISEÑO METODOLÓGICO**

En este capítulo se define el problema, formulando la pregunta en que se basa este trabajo; así mismo, se plantea la hipótesis general, con la cual se da respuesta a dicha pregunta; además se identifican las variables y se detalla el modo de su operacionalización.

#### **1.1.- DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO**

El contexto globalizado actual y los límites casi inalcanzables de una sociedad que cada día incrementa sus límites, el poder organizado de un grupo de personas conformadas mediante la denominación "empresa" con incidencia económica y su carácter transnacional, ha llegado a aperturar la problemática jurídico penal de estos entes en el marco del impacto que causan sus acciones con relación a una presunta utilización con fines criminales.

De tal tema nos habla el antiguamente congelado principio "*societas delinquere non potest*", que no es otra cosa que la imposibilidad de que la persona jurídica pueda cometer ilícitos penales sea porque sus actos no constituyen "acción" en sentido jurídico penal o porque no pueden ser imputables de la misma manera. Sin embargo, existe una discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## **1.2.- FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA**

Se ha debatido si las personas jurídicas pueden ser responsables de un delito; pero en la actualidad esta discusión cobra más importancia, por el incremento de la criminalidad económica dentro de los países industrializados mediante la utilización de personas jurídicas, que en algunos de los casos son creadas con defectos de origen (fines eminentemente ilícitos) o que en su marcha han servido para encubrir la realización de conductas delictivas.

Por ello, atendiendo a que a nivel de la dogmática penal se ha establecido un tema de irresponsabilidad de la persona jurídica, corresponderá en tal sentido establecer si es posible sustentar lo contrario y en consecuencia si deberá diseñarse reglas especiales de imputación o le pueden ser extensibles las reglas determinadas para la responsabilidad penal individual; haciendo una consideración especial respecto a los delitos contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento falso, en proceso de contratación pública.

## **1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

El problema planteado es **¿Se debe establecer responsabilidad penal para las personas jurídicas, y cuál sería su pena respecto a los delitos contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento falso, en proceso de contratación pública?**

Ciertamente, en el derecho no existen dogmas ni verdades sabidas; sin embargo, nuestra posición es que la responsabilidad penal de la persona jurídica debe declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. Pues esta posición es producto de nuestra investigación y análisis, así como, de nuestra experiencia laboral; lo cual exponemos con la finalidad de aportar algunos elementos para mejor entender este debatido tema.

#### **1.4.- JUSTIFICACIÓN**

La finalidad de la presente investigación es estudiar la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tema controvertido y debatido; a fin de poder solucionar la problemática en el Perú, generada por dicho tema; así como, también proponer, en el Derecho Penal peruano, un proceso de reforma legal para incorporar la responsabilidad penal de la propia persona jurídica.

#### **1.5.- OBJETIVOS**

##### **1.5.1.-Objetivo General**

Demostrar que debe establecerse responsabilidad penal para las personas jurídicas, determinando la pena respecto a los delitos contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento falso, en proceso de contratación pública.

### **1.5.2.-Objetivo Específico**

Proponer, en el Derecho Penal peruano, un proceso de reforma legal para incorporar la responsabilidad penal de la propia persona jurídica.

### **1.6.- HIPÓTESIS GENERAL**

La hipótesis general es que **debe establecerse responsabilidad penal para las personas jurídicas, determinando la pena respecto a los delitos contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento falso, en proceso de contratación pública.**

Mediante la verificación de esta hipótesis se pretende demostrar que si bien es cierto en el Perú rige el principio *societas delinquere non potest*, reconociéndose sólo la responsabilidad individual; lo más real y coherente es declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica, con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física.

### **1.7.- IDENTIFICACIÓN Y CLASIFICACIÓN Y VARIABLES**

#### **1.7.1.-Dependientes**

- V1. La acción y la culpabilidad.
- V2. La fórmula de "actuar en lugar de otro".

### **1.7.2.-Independientes**

- V3. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas.
- V4. La delegación de funciones.
- V5. Hacia la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas.

V6. El delito de uso de documento falso en la contratación pública.

### **1.8.- ALCANCES Y LIMITACIONES**

El presente trabajo se adentrará en la problemática que yace en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tema controvertido y debatido, del que, dado el abundante material bibliográfico sobre el tema, se ha seleccionado lo de mayor interés para el sustento de la posición que se quiere arribar con esta investigación; proponiendo a los profesionales y operadores del derecho penal peruano un proceso de reforma legal para incorporar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Como limitación tenemos que la actual normatividad penal peruana ha asumido el principio "*societas delinquere non potest*", el cual se refiere a la irresponsabilidad de las personas jurídicas; por lo que, en el presente trabajo se sustenta que la realidad contemporánea hace necesario se asuma el principio "*societas delinquere potest*" a fin de poder asumir las nuevas formas de

criminalidad existentes. Otra limitación es que las categorías jurídicas (acción y culpabilidad) han sido diseñadas exclusivamente para la responsabilidad individual; por lo que, en el presente trabajo se plantea reformular estas categorías jurídicas en aras de asumirse la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### **1.9.- METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

Para analizar la problemática planteada en el presente trabajo, se ha utilizado el método exegético a fin de exponer las normas materia de la presente tesis; el método dogmático para explicar el tema de la responsabilidad penal directa de la persona jurídica, siguiendo a la doctrina pertinente al caso; el método inductivo para llegar al conocimiento en la validación y contrastación de variables; así como el método sistemático para medir el grado de correlación o no entre los diferentes indicadores utilizados.

### **1.10.- OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES**

Con el propósito de operacionalizar las variables que componen el problema de investigación se detallan a continuación los indicadores en que se divide cada variable, así como la fuente de información utilizada para analizar cada indicador, la cual es importante como instrumento para la medición o verificación de la realidad investigada. Por lo que, mediante este proceso metodológico se descompone deductivamente las variables enunciadas en:

**1.10.1.- Indicadores para la variable V1. La acción y la culpabilidad.**

- ❖ V1.1. Que las personas jurídicas tienen capacidad de acción, pues son destinatarias directas de las normas de conducta; así como, capacidad de culpabilidad, pues pueden vulnerar el deber de organizarse correctamente. Este indicador se analizará a través de la Doctrina.

**1.10.2.- Indicadores para la variable V2. La fórmula de "actuar en lugar de otro".**

- ❖ V2.1. Que la fórmula de actuar en nombre de otro no tiene relación alguna con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues no es un paliativo a los efectos del principio *societas delinquere non potest*, sino que trata de paliar los efectos de la despersonalización de los representantes de una persona jurídica cuando se particulariza la responsabilidad penal. Este indicador se analizará a través de la Doctrina, y el artículo 27 del Código Penal.

**1.10.3.- Indicadores para la variable V3. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas.**

- ❖ V3.1. Que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, junto a las penas, medidas de seguridad y la reparación civil *ex delicto*, todas son consecuencias jurídicas del



delito. Este indicador se analizará a través de la Doctrina.

- ❖ V3.2. Que las consecuencias accesorias se aplican cuando el hecho punible haya sido cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica, o se haya utilizado su organización para favorecerlo o encubrirlo. Este indicador se analizará a través de la Doctrina, y el artículo 105 del Código Penal.

**1.10.4.- Indicadores para la variable V4. La delegación de funciones.**

- ❖ V4.1. Que la división del trabajo, actualmente, conduce a una irresponsabilidad penal individual. Este indicador se analizará a través de la Doctrina.
- ❖ V4.2. Que la delegación de funciones es la transmisión de responsabilidades del órgano directivo delegante, tanto material como personal, de la vigilancia y el control de la empresa, a otra persona que es el delegado. Este indicador se analizará a través de la Doctrina.
- ❖ V4.3. Que los deberes de delegación del órgano directivo de una empresa son seleccionar el personal idóneo, informarle la gestión que va a realizar, intervenir cuando sea necesario, y vigilar y supervisar al delegado. Este indicador se analizará a través de la Doctrina.

**1.10.5.- Indicadores para la variable V5. Hacia la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas.**

- ❖ V5.1. Que al establecer la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, su castigo debe satisfacer la necesidad de una penalidad mayor cuando menor sea la pena respecto a las personas físicas, siguiéndose una teoría general del delito para las propias personas jurídicas, y recibéndose influencias del Derecho Administrativo. Este indicador se analizará a través de la Doctrina.

**1.10.6.- Indicadores para la variable V6. El delito de uso de documento falso en la contratación pública.**

- ❖ V6.1. Que el delito de uso de documento falso o la falsedad de uso se da cuando el agente utiliza dolosamente un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, ocasionando algún perjuicio. Este indicador se analizará a través de la Doctrina, y el artículo 427 del Código Penal.
- ❖ V6.2. Que la falsedad de uso en un proceso de contratación pública vulnera administrativamente el principio de presunción de veracidad, por lo que generaría responsabilidad penal directa en la persona jurídica presentante. Este indicador se analizará a través de la Doctrina, y el artículo 42 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

### **1.11.- GLOSARIO**

- Responsabilidad:** Consecuencia jurídica de culpabilidad derivada de la comisión de un hecho tipificado en la ley.
- Sanción:** Pena establecida para el que infringe una ley o una norma legal.
- Acción:** Capacidad de realizar una actividad, que puede producir responsabilidad.
- Culpabilidad:** Situación en que se encuentra una persona imputable y responsable.
- Operacionalización:** Proceso metodológico que consiste en descomponer deductivamente las variables que componen el problema de investigación.
- Criminalidad:** Proporción de crímenes o delitos cometidos en un lugar o en un periodo de tiempo determinados.
- Punible:** Que merece castigo o sanción.
- Infracción:** Acción de infringir la ley.

**"La responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto a delitos contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento falso, en proceso de contratación pública"**

- **Delito:** Acción que va en contra de lo establecido por la ley y que es castigada por ella con una pena.
  
- **Colectivo:** Referido al conjunto de individuos que tienen los mismos intereses o trabajan juntos.
  
- **Empresa:** Entidad en la que intervienen el capital y el trabajo como factores de producción de actividades industriales o mercantiles o para la prestación de servicios.
  
- **Contratación:** Materialización de un contrato entre partes, según la negociación de las condiciones.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

Este capítulo contiene las bases teóricas, cuyo objetivo es dar a conocer las características de las personas jurídicas, y el trato que se le da a la responsabilidad penal de éstas en el derecho comparado; a fin de demostrar la viabilidad jurídica, en nuestro sistema, de la responsabilidad penal de dichas personas jurídicas.

#### **2.1.- LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL MODERNO DERECHO PENAL**

##### **2.1.1.-Cuestiones Generales**

En la actualidad, el tema de debate no es la criminalidad de los desposeídos, *leitmotiv* de la doctrina penal durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XX, sino, sobre todo, la criminalidad de los poderosos y de las empresas (*crimes of the powerful, corporate and business crime*)<sup>1</sup>. La preocupación científica por esta nueva criminalidad en su versión criminológica empieza el 27 de diciembre de 1939 con la alocución que Ed H. Sutherland presentó ante la Sociedad Americana de Sociología, y que luego publicaría bajo el nombre de "delincuencia de cuello blanco" (*White-collar-criminality*). La advertencia de Sutherland radicaba en que la delincuencia de cuello blanco, cuyo ámbito fundamental es económico, no se produce entre pobres, personas en condiciones

psicopáticas o inadaptados sociales, sino que proviene de personas respetables y de elevado estatus social, en el marco de su profesión.

Y esa delincuencia se gesta generalmente en el marco de una empresa<sup>2</sup>, que es un engranaje presidido por la división de trabajo y el reparto de competencias funcionales, donde el producto final es el resultado de actuaciones complementarias de distintos sujetos. Por tal motivo, habrá que dirigirse en el ámbito de la criminalidad organizada de modo más amplio a lo que suele suceder en la actualidad, y ello también desde el punto de vista teórico, puesto que debe incluirse en ella tanto la criminalidad empresarial como los sistemas de corrupción<sup>3</sup>. Como es sabido, la persona jurídica pertenece a la categoría de las organizaciones y responde a características comunes que la sociología actual analiza como componentes de un sistema: colectividad humana de cierta magnitud, un conjunto de fines racionales, un sistema de comunicación institucionalizado, relaciones de poder, un nivel de conflicto interno.

En el terreno estrictamente dogmático jurídico-penal el debate se inicia cuando nos preguntamos: ¿la persona natural o física será acaso la única capaz de vulnerar bienes jurídicos penalmente protegidos? Vista así la situación, pareciera que la pregunta ha de ser contestada en forma negativa, puesto que la persona física (con libertad o voluntad y entendida en sentido antropológico,

---

<sup>1</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Expansión de Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, 1999, p. 41.

<sup>2</sup> RIGHI, Esteban. *Antecedentes, evolución y perspectivas del Derecho Penal económico latinoamericano*. Tesis Doctoral, Universidad de Buenos Aires, 1990, p. 294.

<sup>3</sup> SHUNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: CDJP. N°s 1-2, 1996, p. 34.

psicológico, social, etc.), ahora ingresa al tráfico jurídico, envuelta en un engranaje colectivo de individuos con objetivos específicos para su subsistencia dentro de dicho tráfico.

El problema fundamental se presenta en el marco de los delitos económicos o socioeconómicos<sup>4</sup>, en los casos en los que la infracción penal proviene de una decisión tomada por un órgano colegiado y es ejecutada por miembros de la empresa de inferior jerarquía que sólo cumplen órdenes de sus superiores; con lo cual se evidencia hoy por hoy, que asistimos innegablemente a un progresivo crecimiento de las personas jurídicas en hechos delictivos. La discusión en el terreno jurídico-penal, como se verá más adelante, no ha girado en función a las teorías sobre las personas jurídicas (si es una ficción o una realidad), sino principalmente en función a consideraciones político-criminales y dogmáticas. Es más, se podría decir, que la persona jurídica considerada como ente ficticio no tendría responsabilidad penal de manera directa, pues los únicos sujetos “reales” con voluntad psicológica son las personas naturales, y por tanto el principio *societas delinquere non potest* tiene su rasgo originario en la teoría de la ficción de los civilistas, principio que sirvió de base fundamental para el Derecho Penal Liberal<sup>5</sup>.

Así, en Alemania de la década de los setenta, el setenta y cinco por ciento de los casos más graves de delincuencia económica se realizaron a través de

---

<sup>4</sup> MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico, Parte General. Valencia, 1998, p. 193.

<sup>5</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: La Ley. N° 48,1947, p. 1042.

estos entes colectivos<sup>6</sup>. Por eso, siguiendo a Silvina Bacigalupo<sup>7</sup>, podemos decir que la criminalidad de la (o desde la) empresa, en la práctica, se encuentra relacionada, fundamentalmente, con cuatro grupos principales de casos, en los cuales puede ser relevante la sanción de la responsabilidad de la empresa: a) peligros contra el medio ambiente; b) peligros dentro de la empresa; c) peligros del producto; y d) peligros en el ámbito del transporte. Por otra parte, la sociología nos enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también, y, sobre todo, a la agrupación misma.

En ese sentido, hay dificultad en aquellos hechos punibles que se realizan en el marco de una actividad empresarial, principalmente en una empresa societaria, que tiene entre sus fines "abarcarse el mercado y dominarlo", caracterizada por lograr, entre otras cosas, la mayor ganancia al menor costo posible, eliminar las competencias del ramo, adquirir el dominio comercial de los territorios abarcados por sus competidores, imponer la mayor cantidad de condiciones beneficiosas para la empresa, sin perjuicio de que en la Administración Pública también se puedan encontrar las mismas o peores dificultades de atribución delictiva<sup>8</sup>. Asimismo en otro tipo de agrupaciones sociales como partidos políticos, sindicatos, asociaciones civiles, etc., si bien no se

---

<sup>6</sup> SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Themis N° 35, Lima, 1997, p. 129.

<sup>7</sup> BACIGALUPO, Silvina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Madrid, 1998, p. 27.

<sup>8</sup> Caso de contaminación ambiental sucedido en las costas de España a través del barco petrolero "Prestige", donde se muestra en toda su dimensión el problema de la división de trabajo y jerarquización de funciones en el sector público con incidencias en sectores privados. Los hechos fueron publicados los días 23, 24 y 25 de febrero de 2003, en el Diario El País.



han constituido con un fin de lucro, no significa que no participen en el mercado, y por ende que no estén regidas bajo las reglas de la distribución enmarcadas dentro de una descentralización vertical de competencias, y consecuentemente de responsabilidades, que desde el punto de vista jurídico tiene el efecto de que las conductas activas adecuadas a los tipos penales son realizadas frecuentemente por los niveles más bajos de la organización, mientras que los dirigentes responsables observan inactivos como se produce el delito.

La persona jurídica tiene un efecto corporativo opuesto a las actividades particulares. Se trata de una composición de una pluralidad de personas, con un determinado fin común. En otras palabras, al grupo de individuos unidos por un vínculo contractual asociativo que regula sus relaciones, reconociéndosele como sujeto de relaciones jurídicas, se denomina persona jurídica. Negarse a esa realidad es negarse, en cierto modo, a un modelo que responda al desarrollo, pero también debe tenerse en claro que por el hecho de ser una herramienta indispensable, no puede dejar de tener límites precisos<sup>9</sup>.

Entonces el Derecho Penal no puede permanecer indiferente porque esa misma persona, ahora "colectiva", puede ser catalogada como sujeto activo de un evento delictivo, o mejor dicho, puede ser sujeto de imputación. La persona jurídica lleva ese nombre tan solo porque el ordenamiento reconoce la personalidad jurídica a ciertas organizaciones estructuradas para el cumplimiento de los fines que requieren una capacidad jurídica determinada<sup>10</sup>. La expresión

---

<sup>9</sup> BORDA, Guillermo J. La persona jurídica y el corrimiento del velo societario. Buenos Aires, 2000, p. 11.

<sup>10</sup> GARCÍA TEJERA, Norberto J. Persona Jurídica. Tratamientos en los tipos civil y comercial. Buenos Aires, 1998, p. 26.

“persona jurídica” es usada por los juristas para aludir a una construcción o elaboración conceptual y entender la conducta de los hombres desde la perspectiva de ciertas normas.

La situación se agrava -y de ahí el problema- en sistemas jurídicos tributarios o pertenecientes al sistema románico-germánico donde reza aquel apotegma *societas delinquere non potest* y se persiste en reclamar sujetos individuales para la imputación jurídico-penal. En tal sentido, ante la incesante perpetración de injustos penales realizados a partir de una organización empresarial en el tráfico jurídico de la sociedad moderna (sociedades de riesgo) se hacen disfuncionales los elementos de responsabilidad del Derecho Penal clásico. Las personas jurídicas se encuentran frente al individuo en una situación más favorable al no ser consideradas como sujetos activos en el Derecho Penal (por regir entre nosotros el viejo principio *societas delinquere non potest*), lo que conlleva a resultados político-criminales no deseados.

Si la delincuencia económica es el banco de pruebas para las teorías criminológicas, debe añadirse que también constituye el banco de pruebas para gran parte de las instituciones jurídico-penales. En efecto, será necesario reflexionar si la pena, concebida como respuesta estatal, ya sea resocializadora o retributiva, tiene algún sentido para esta clase de sujetos. En la delincuencia económica se habla de una intensa relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, que fue además una de las primeras manifestaciones del Derecho Penal Económico. También se habla del propio tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En fin, del propio sentido del Derecho Penal frente a una

delincuencia donde el legislador, el juez y el delincuente participan del mismo nivel cultural, pertenecen a la misma clase social y comulgan en una similar ideología<sup>11</sup>.

Es de destacar que en el segundo Congreso organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, llevado a cabo en Bucarest en 1929, se elaboró la siguiente conclusión: "(...) 2) de que la imposición a la persona moral de los medios de defensa social no debe excluir la eventual responsabilidad penal individual, por la misma infracción, de las personas físicas que administren o gestionan los intereses de la persona moral, o que han cometido la infracción con medios proporcionados por estas". Esto es, que ya se establecía que la responsabilidad penal directa a los entes colectivos corría en sentido diferente a los integrantes jerárquicos de la misma, evitándose en todo momento que las personas naturales, en ejercicio de su actividad económica, puedan valerse de la empresa para ocultar los hechos punibles. Empero, de la misma forma, no se reconoció ninguna alternativa de imputación individual, solo el mensaje de que evitara la impunidad de los directivos.

Posteriormente, ante los nuevos problemas que imponía la criminalidad económica, los especialistas de todo el mundo reunidos en El Cairo, en octubre de 1984, establecieron en la Recomendación N° 13 lo siguiente: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas está reconocida en un número creciente de países como vía apropiada para controlar la delincuencia económica y empresarial. Los países que no admiten esta clase de responsabilidad podrían considerar la

---

<sup>11</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial. Madrid, 1978, p. 46.

posibilidad de imponer otras medidas contra tales entidades". Aquí se consideró que aquellos países que no admitan la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas deberían considerar viable la adopción de otras "medidas" que bien pueden ser de naturaleza imputativa o de consecuencias jurídicas. Más adelante, en el Congreso Internacional de Derecho Penal llevado a cabo en Río de Janeiro (Brasil), en 1994, se estableció: "Cuando una persona jurídica, pública o privada, se encuentre involucrada en una actividad que plantea un serio riesgo de daño para el ambiente, debería obligarse a los directivos y a las autoridades de control a prevenir la producción del daño; y deberían ser considerados penalmente responsables si se produce el daño como consecuencia de su fracaso en el adecuado cumplimiento de su responsabilidad de control". Las conclusiones asumidas en dicho congreso resultan mucho más específicas y de suma importancia, en un ámbito donde sólo la persona jurídica será capaz de consumir el ilícito penal. Cuando se dice que debería obligarse a los directivos y a las autoridades de control a prevenir la producción del daño, la clave está en descifrar la frase: "*debería obligarse*", lo cual debe hacerse con sumo cuidado. Así mismo, en las recomendaciones del 20 de octubre de 1998, el Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa propuso "la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas, cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa, la consecuencia para la sociedad y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan".

Fueron los romanos quienes primero se ocuparon del tema de los entes colectivos, y está demostrado que ya entonces existían poderosas sociedades

como "sociedades capitalistas de publicanos" (*societatis publicanorum*), a las cuales el Estado arrendaba la recaudación de los impuestos en los tiempos de la República. Entre ellos regían el *societas*<sup>12</sup>. Es decir, desde entonces, la cuestión de la punibilidad a los entes colectivos estaba negada y todo ello repercutió en la elaboración de la sistemática del hecho punible -desde su aparición en el Derecho alemán como causalismo positivista-, radicando la dificultad en aplicar a los entes colectivos un sistema de imputación pensado y estructurado para las personas naturales<sup>13</sup>.

Antes bien, la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe ser ubicada en el terreno del Derecho Penal de la empresa, pues el común denominador es la actuación de un sujeto individual para una empresa<sup>14</sup>, y este Derecho Penal de la empresa pertenece a su vez a un universo mucho más grande, cual es el Derecho Penal Económico. Frente a este panorama de los entes colectivos, en ámbito penal generalmente se superponen tres planos que tendrán que separarse para su análisis<sup>15</sup>. Así, de un lado el Derecho positivo para indagar sobre la existencia de las sanciones jurídicas. De otro lado, el plano dogmático, en donde se discute si las personas jurídicas tienen capacidad penal de acuerdo a las categorías del delito; y por último, el aspecto político-criminal donde se cuestiona la idoneidad de la imposición de las penas u otras sanciones a los entes colectivos.

<sup>12</sup> SERRANO MAILLO, Alfonso. Las personas jurídicas frente al Derecho Penal Español. En: DP. 1991-A, p. 130.

<sup>13</sup> FELLINI, Zulita. Problemas de imputación en el ámbito de las personas jurídicas. En: Revista de Derecho Penal. Buenos Aires, 2000, p. 582.

<sup>14</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima, 1999, p. 67.

### **2.1.2.-Los grandes sistemas jurídicos y la responsabilidad de las personas jurídicas**

Como es sabido, en el campo legislativo debe tenerse en cuenta las dos corrientes imperantes en el Derecho Comparado. Por un lado, el sistema jurídico llamado *Common law* y por el otro, la corriente representada por los países del sistema jurídico romano-germánico y las Repúblicas europeas -sistema de codificaciones-, fieles a la concepción clásica del principio romano *societas delinquere non potest*<sup>15</sup>, también conocido como *universitas delinquere nequit*. El sistema socialista, que anteriormente formaba otra familia del Derecho (hostil al reconocimiento de la responsabilidad de las agrupaciones) ha fracasado en la realidad política y busca acercarse más a los ordenamientos jurídicos occidentales<sup>17</sup>.

En el primer sistema jurídico, perteneciente a los países anglosajones, como los Estados Unidos de Norteamérica, el Reino Unido y otros países que han recibido su influencia como Japón, es ampliamente reconocida, sobre todo en el derecho inglés desde mediados del siglo XIX (y desde 1889 incluso para sociedades sin personería), la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas tanto legislativa como jurisprudencialmente, debido a consideraciones

---

<sup>15</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales. En: Mazuelos, Julio (Comp.), Derecho Penal Económico y de la Empresa. Lima, 1996, p. 139.

<sup>16</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*. En: CPC. N° 11, Madrid, 1980, p. 71.

pragmáticas de mayor eficiencia en la represión. Ahora bien, algunos países europeos han entrado a la órbita de la punición directa de los entes colectivos como ha sucedido en Holanda, Suecia, Noruega, Portugal e Italia. Este último a través de la Ley-mandato 29.9.2000 y sucesivamente con el decreto legislativo de ejecución 8.6.2001 número 231 también se enroló en el modelo de responsabilidad penal de los entes colectivos, caracterizado por su finalidad de prevención general y de control jurídico de la criminalidad económica y de los negocios<sup>18</sup>.

En esta dirección, Francia, el lugar del pensamiento individualista del Iluminismo que se consagra en la Ley francesa del 2-17 de marzo de 1791 -que suprime las "*corporations*" y aceptaba las concepciones de Savigni, es decir, que la persona jurídica era un ente de ficción-, desde el primero de marzo de 1994, contiene disposiciones específicas sobre la responsabilidad directa de las personas jurídicas plasmadas en el artículo 121-2 del Código Penal francés. Dicha norma dispone lo siguiente: "Las personas morales, con exclusión del Estado, son responsables, según las distinciones de los artículos 121-4 a 121-7 y en los casos previstos por la ley o el reglamento, de las infracciones cometidas por su cuenta, por sus órganos o representantes (...). La responsabilidad penal de las personas morales no excluye la de las personas físicas o cómplices de los mismos hechos". Lo característico de la responsabilidad de las personas jurídicas en el modelo francés es lo siguiente: a) acumulativa, por cuanto la responsabilidad del ente

---

<sup>17</sup> TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en Derecho Comparado. En: Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 6, Lima, p. 784.

<sup>18</sup> RONCO, Mauro. Acerca de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho Italiano. En: *Prudentia iuris* Nº 57, Buenos Aires, 2003, p. 207.

ideal no excluye la responsabilidad de las personas físicas a quienes se les atribuye en calidad de autor o cómplice en el mismo hecho; b) especial, por cuanto ella debe estar expresamente establecida en el texto de la ley (para el caso de delito) o reglamento (cuando se trata de contravenciones) que defina la infracción; y c) condicionada a un doble requisito, por un lado la infracción debe haber sido cometida por un órgano o representante de la persona jurídica, y por otro, debe, además, haber sido a su cuenta.

Por otro lado, el artículo 51 del Código Penal holandés permite la sanción de las personas jurídicas, considerándolas imputables de la infracción cuando la persona física haya actuado en la esfera de la persona jurídica, siendo necesario que el hecho aparezca como una acción de esta. Asimismo, el Código Penal de Noruega dispone la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entendiendo por empresa, no sólo las sociedades mercantiles y fundaciones, sino también las entidades públicas, conforme al artículo 48 a: “cuando un precepto penal es vulnerado por una persona jurídica que actúa en nombre de una empresa, esta puede estar sujeta a una pena”. Algo similar sucede en Dinamarca desde la reforma del Código Penal de 1996.

En esta dirección debemos mencionar que la Unión Europea destaca dos cuestiones. En primer lugar, en el espacio judicial común europeo se admite la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, en función a ciertas infracciones (artículo 1 a 8), sin perjuicio de la que corresponde a las personas físicas: autores o partícipes en los mismos hechos. Así, el *Corpus Juris* de



disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea establece, en su artículo 14: Responsabilidad de entidades colectivas: 1.- Serán igualmente responsables de las infracciones definidas con anterioridad (artículos 1 a 8) las entidades colectivas que tuvieran personalidad jurídica, así como los que tuvieran la calidad de sujeto de derecho y sean titulares de un patrimonio autónomo, cuando la infracción hubiera sido realizada por cuenta del ente colectivo por un órgano, un representante o cualquier persona que hubiera actuado en nombre propio o con poder de decisión de derecho o de hecho. 2.- La responsabilidad penal de las entidades colectivas no excluirá la de las personas jurídicas, autores, inductores o cómplices de los mismos hechos<sup>19</sup>. Y en segundo lugar, en el sistema penal comunitario, que es un verdadero modelo de Derecho Penal económico, debe tenerse en consideración que los principales actores son las personas jurídicas.

De esta forma, en la actualidad se reconoce unánimemente la necesidad de proteger coactivamente los intereses económicos de la Unión Europea, aunque sólo por medio de un modelo de Derecho administrativo sancionador<sup>20</sup>.

**El segundo sistema (romano-germánico)** no admite la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, y tiene recepción generalmente en países como Alemania, España (aunque este país recientemente ya admite la responsabilidad penal de manera directa de las personas jurídicas en su Código

---

<sup>19</sup>JAÉN VALLEJO, Manuel. El espacio judicial común europeo y la unificación del Derecho Penal y Procesal Penal en Europa: el *corpus juris* europeo. En: Crimen y Castigo Nº 1, Buenos Aires, 2001, pp. 80 y 81.

<sup>20</sup>CARO CORIA, Dino Carlos. Derecho Penal del ambiente. Delitos y técnica de tipificación. Lima, 1999, 184.

Penal), Austria y en Países de Latinoamérica, como Argentina y Perú. Sin embargo, algunas excepciones se pueden encontrar en Brasil, influenciado por los cambios producidos en Portugal, pues en su Ley de Delitos Ambientales se establece, expresamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo mismo puede afirmarse en Venezuela, cuya Ley Penal del Ambiente de 1992 establece sanciones a la propia persona jurídica sin perjuicio de la responsabilidad penal de la persona natural que la integra.

Así pues, en el ámbito procesal peruano, para la apertura de instrucción penal, según el Código de Procedimientos Penales (artículo 77, texto según la modificatoria establecida en el artículo 1 de la Ley N° 24388, publicado el 06/12/1985), se necesita de tres requisitos: que el hecho denunciado constituya delito, que la pena no haya prescrito y que se haya individualizado al presunto autor. Como puede verse, el procesamiento tiene una naturaleza individual, aún en el supuesto caso que el -o los- imputado se encuentre al interior de una organización empresarial o cualquier otra índole, la imputación no debe perder su carácter individual<sup>21</sup>.

También la jurisprudencia peruana se ha pronunciado al respecto: Ejecutoria de la Sala Penal Constitucional N° 3963-96-Ancash, Lima, 24 de octubre de 1997: “(...) debiendo identificarse en todo caso a la persona que actuó como órgano de su representación, o como socio representante autorizado de ella, en vista que la persona jurídica como tal, de acuerdo al principio *societas delinquere non potest*, no posee capacidad de conducta, recayendo en todo caso

dicho atributo sólo en las personas naturales, tal como lo prescribe el artículo veintisiete del Código Penal"<sup>22</sup>.

### **2.1.3.-Crisis del principio *societas delinquere non potest* en los ordenamientos jurídicos tributarios del Derecho romano-germánico**

Cuando se pregunta sobre el estado actual de la cuestión de la "*societas (universitas) delinquere non potest*", la respuesta de los grandes sistemas del Derecho Penal -de una parte del sistema de *common law* y de otra del sistema de codificaciones europea continental- es que cada vez se van aproximando mutuamente, y quizá llegará el momento en que ambos sistemas jurídicos se unan del todo para lograr una eficacia uniforme con relación a la responsabilidad penal de la persona jurídica. De cualquier manera, la tendencia es clara y la balanza se va inclinando en el mundo por el sistema jurídico del *common law*. La batalla en la lucha por la criminalización de las personas jurídicas la está ganando el sistema del *common law*.

Por tal motivo, en aquellos países donde reinaba sin reparos la vigencia del principio *societas delinquere non potest*, se vive actualmente un ambiente de zozobra, de crisis, porque se están incorporando, a través de legislaciones especiales, lugar donde comúnmente habita el Derecho Penal económico, y códigos penales, la punición de la propia persona jurídica, como respuesta a intereses de carácter político-criminal más que a interés técnico-dogmáticos. Así,

---

<sup>21</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima, 1999, p. 226.

<sup>22</sup> CASTILLO ALVA, José Luis. Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas. En: Normas Legales. Tomo 276, Lima, mayo 1999, p. A-46.

por ejemplo, Franz V. Liszt, artífice de la construcción dogmática-causalista del delito, desde la primera edición de su Tratado en 1881, se pronunció a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sosteniendo que “quien puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o usuarios o incumplir los contratos de abastecimiento – StGB 2291 –concluidos-”.

Siguiendo en la doctrina alemana encontramos a Schunemann, quien postula una “tercera vía” para la sanción de las personas jurídicas idéntica a una medida de seguridad. Así, este autor sostiene lo siguiente: “(...) me aferro a la idea de que el Derecho sancionador de las asociaciones debe desarrollarse autónomamente y que, si bien presenta muchos puntos tangentes con el Derecho Penal tradicional contra individuos, de ninguna manera puede ser idéntico a él. En aquel, la combinación de eficacia preventivo-general y preventivo-especial también será mucho más estrecha que en la pena tradicional, de modo que la sanción contra la agrupación presenta una afinidad mayor con la medida de seguridad que con la pena y en conjunto podría calificarse como una tercera vía entre pena y medida de seguridad<sup>23</sup>. En el fondo esta “tercera vía” que propugna Schunemann sería lo que se conoce actualmente como consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas.

Por su parte, Hirsch opina que no existe ningún impedimento fundamental para admitir una capacidad penal de las personas jurídicas, en la actualidad: “(...) la verdadera cuestión ya no es si es de algún modo posible que las personas jurídicas tengan capacidad penal. Antes bien, aquella reza: ¿Cómo han de ser los

presupuestos de su punibilidad y el catálogo de sanciones que entran en consideración junto a la pena de multa?<sup>24</sup>. Es más, un dato que nos puede llamar a la reflexión, es que dentro del mercado internacional europeo, donde está arraigada la criminalidad económica y empresarial, se reciclan sumas de dinero superiores al billón de euros por año, esto es, más que el producto nacional bruto (PNB) de un tercio de la humanidad. Por eso, con razón apunta Zúñiga Rodríguez, que sostener “(...) que las personas jurídicas no pueden ser sujetos directos de imputación penal significa realmente dejar fuera de sanciones graves a los sujetos económicos y políticos más importantes de nuestra era”.

En el Derecho positivo argentino se pueden encontrar algunas normas penales que prevén sanciones directas a los entes colectivos. Se puede mencionar, por ejemplo, las Leyes N° 20.680, de Abastecimiento; 25.156, de Defensa de la Competencia; 22.415, Código Aduanero; 23.554, de Defensa Nacional. Así mismo, en la magistratura judicial existe una marcada tendencia a considerar procedente la imputación delictiva a un ente ideal.

En el Derecho Peruano, Percy García Caveró, postula por una responsabilidad penal de las personas jurídicas, basado en que ésta “(...) como titular de un ámbito de organización, utiliza la configuración organizativa de sus órganos y miembros, del mismo modo como ocurre en los supuestos de autoría mediata. Si la prestación del órgano trae consigo además una infracción de sus

---

<sup>23</sup> SCHUNEMANN, Bernd. Cuestiones Dogmáticas y de política criminal. Buenos Aires, 2004, p. 113.

<sup>24</sup> HIRSCH, Hans Joachim. El Derecho Penal y Procesal Penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad. Traducción de M. Carmen Alastvey Dobón. En: Derecho Penal, Obras Completas. T. III, Buenos Aires, 2000, p. 75.

competencias, cabrá perfectamente atribuirle responsabilidad junto con la persona jurídica. Esta posibilidad de imputación confirma que la persona jurídica es titular de una esfera de organización propia y puede, por ello, hacérsele responsable directamente por los defectos de configuración negativos o positivos de su esfera de organización"<sup>25</sup>.

En el ámbito legislativo latinoamericano, el Proyecto de Nuevo Código Penal Tipo para Latinoamérica, con ocasión del Tercer Encuentro de la Comisión Redactora celebrado en la ciudad de Panamá, en octubre de 1998, incorporó en el Título "De las personas penalmente responsables" el Capítulo X "De la responsabilidad penal de las personas jurídicas" y, en concreto, el artículo X, que refiere textualmente que las personas jurídicas son penalmente responsables en los casos previstos en la ley<sup>26</sup>.

Quienes postulan la punición de los entes colectivos, han seguido principalmente dos modelos de solución<sup>27</sup>: 1) La teoría de la representación o modelo de imputación (*vicarious liability*). A la persona colectiva se le imputa la culpabilidad de la persona física o de sus órganos, por lo que también se utiliza la expresión responsabilidad penal indirecta. 2) Fundamentar una culpabilidad propia de la persona jurídica o empresa, distinta a la culpabilidad individual.

---

<sup>25</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Económico, Parte General. Lima, 2003, p. 326.

<sup>26</sup> MAZUELOS COELLO, Julio F. La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del "autor en lugar de otro". En: AA.VV. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima, 2002, p. 465.

<sup>27</sup> FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho Penal español y el Derecho Penal peruano. En: AA.VV. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima, 2002, p. 220.

La disputa por el reconocimiento de la capacidad penal de los entes colectivos es casi especulativa, pues el hecho de que no se habilite la reacción penal a las personas jurídicas, no significa que no se sancione a los órganos titulares y directivos que en el desempeño de sus cargos cometen delitos. Por otro lado, en el Derecho Civil, por ejemplo, desde siempre se ha aceptado la responsabilidad colectiva, bajo el siguiente axioma: *quod universitas debet, singuli non debent*. Así también, en el Derecho Administrativo, pero principalmente en el Derecho Administrativo sancionador, siempre se ha reaccionado contra las irregularidades en que han incurrido los entes colectivos. Empero, desde la óptica penal sólo el hombre considerado como persona individual –por la influencia del derecho liberal- puede ser sujeto activo de un hecho punible. Es decir, que la persona natural solamente puede ser depositaria de los elementos que fundamentan la amenaza penal, porque ha encontrado general reconocimiento en el Derecho Penal positivo el principio tradicional *societas delinquere non potest*, donde poderosas razones de orden dogmático siguiendo la secuencia lógica-analítica del hecho punible, así lo exigen.

Como se sabe la teoría del delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos del hecho punible, sino que su estudio se basa en aquellos componentes del concepto del delito que son comunes a todo hecho punible. Así pues, tras un largo y minucioso análisis, la ciencia penal ha llegado a la conclusión de que el concepto de delito, en cuanto a sus características comunes, responden a una doble perspectiva que, para simplificarla se puede presentar como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y como un juicio de desvalor que recae sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama

injusto o antijuridicidad, al segundo culpabilidad. El juicio del injusto es la comprobación del acto, en cambio la culpabilidad es la atribución de dicho acto a su autor. Entonces se admite generalmente que el delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible<sup>28</sup>.

En ese sentido, para negar la responsabilidad en el ámbito penal, de las personas jurídicas se ha dicho en primer término, que no tienen capacidad de acción<sup>29</sup>, entendida generalmente en cualquiera de las teorías que la fundamentan (teoría causal positivista de la acción, como pura inervación muscular; teoría causal valorativa de la acción, como comportamiento humano; teoría social de la acción, como aquella que ocasiona perturbación en el orden social; y la teoría final de la acción, como una reacción frente a una causa). Ciertamente este argumento no ha sido el más decisivo para fundamentar la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, pero de hecho es el concepto preferido por los autores que alegan una revisión al mismo por las contradicciones que genera.

Tal es así, apuntan ciertos autores, que "(...) no deja de ser contradictorio que, por una parte, se niegue la capacidad de acción de la persona jurídica a efectos jurídico-penales y que, por otra, se respeten puntual y formalmente las consecuencias de la capacidad de acción jurídico-civil de la misma; si lo que importa al Derecho Penal son las acciones reales de las personas físicas, debería

---

<sup>28</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. Santa fe de Bogotá, 1984, p. 5.

<sup>29</sup> VILLAVICENCIO, Felipe. Lecciones de Derecho Penal. Lima, 1990, p. 115. REYNA ALFARO, Luis. Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial. Lima, 2002, p. 120. MAZUELOS COELLO. La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Ob. Cit., pp. 461 y 462.



acaso atender más a la relación material existente entre esas personas que a las meramente jurídico-civiles que caracterizan la posición de la persona jurídica"<sup>30</sup>.

En segundo lugar, se ha dicho que la persona jurídica no tiene capacidad de culpabilidad<sup>31</sup>, entendida como reproche ético-social en sentido personal por el injusto penal cometido. Otros conceptos y argumentos menos contundentes están relacionados con las consecuencias jurídicas derivadas del hecho punible, concretamente con la capacidad y función de la pena, que van adheridas al principio de personalidad de la pena, que tiene su base también en la persona física. En efecto, se ha dicho que la eficacia preventiva de la norma penal y de la pena, se reducen en el marco de una organización compleja en dos sentidos: hacia arriba, porque los directivos no realizaron materialmente el hecho típico y también hacia abajo, porque los ejecutores materiales desconocen las consecuencias de sus propios actos, sumando a ello su escasa capacidad de resistencia por una actitud criminal.

Otros argumentos colaterales como la idea de justicia y equidad permiten sostener la vigencia del principio de la *societas delinquere non potest*, pues al sancionar directamente a la persona jurídica se castigaría, en última instancia, a personas inocentes quienes integran el ente ideal, y con ello se infraccionaría el principio garantístico *non bis in ídem*. Es decir, que a los cuestionamientos tradicionales que se manejan en el Derecho Penal euro-continental, de que la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, se ha

---

<sup>30</sup> JESCHECK. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Barcelona, 1981, p. 311.

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal Español. Parte General. Madrid, 1992, p. 390.

sumado otro elemento, proveniente del Derecho anglosajón, en el sentido de que: un mismo hecho puede ser imputado penalmente -y eventualmente condenado- tanto a la persona natural como a la persona jurídica. Concretamente, si existe o no una identidad de persona en el hecho, como podrá notarse el *non bis in idem* se asoma como un peldaño más que debemos pasar. Si la persona jurídica resulta ser un ente distinto a la de sus miembros individuales no habrá mayores problemas para imputar el hecho punible por separado a la persona jurídica y a la persona natural. En cambio, si la persona jurídica resulta ser igual que sus miembros, formando un solo cuerpo orgánico, las posibilidades de prosperar del principio del *non bis in idem* se acrecientan.

Hay que tener en consideración que la doctrina penal argentina ha mantenido su posición en torno a que las personas jurídicas no tienen capacidad penal de acción amparada, entre otras cosas, en el anterior artículo 43 del texto original del Código Civil que establecía: "No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas". Esto es, se apoyaban en la subjetividad de la acción que en el Derecho Civil era propiedad solo de la persona física. Asimismo, porque en coherencia con la teoría de la ficción que consagraba la irresponsabilidad de las personas jurídicas en todo el ordenamiento jurídico, precisamente por carecer de voluntad capaz de exteriorizar sus decisiones, no podían provocar actos dolosos ni culposos.

Sin embargo, luego se modificó el mencionado artículo 43 del Código Civil argentino mediante la Ley 17.711, artículo 1, inciso 6, el cual quedó redactado de la siguiente manera: "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos". Se establece el llamado principio de la responsabilidad por daños causados por los administradores y representantes (órganos en ejercicio). Desde el ámbito penal argentino se empiezan a vislumbrar pretensiones punitivistas a la persona jurídica como la de Baigún, quien sostiene una "acción institucional" como decisión institucional de las personas jurídicas, en el sentido que es el "(...) fenómeno de interrelación en el cual no solo actúa el aparato psíquico de cada uno de los particulares sino también, y de modo decisivo, el interés como una objetividad cualitativamente diferente del interés de cada uno de los individuos"<sup>32</sup>.

## **2.2.- LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL MODERNO DERECHO PROCESAL PENAL**

Se ha de procurar efectivizar la aplicación del Derecho Penal mediante normas procesales encaminadas a garantizar que su aplicación sea oportuna y ajena a cualquier tipo de arbitrariedad e improvisación, por ello el Derecho Procesal Penal económico, poco a poco, aunque no de una manera sistemática,

---

<sup>32</sup> BAIGÚN, David. Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Baigún/Zaffaroni/García-Pablos/Pierangeli (coords.), De

va ganando un espacio propio en la disciplina procesal penal. Su desarrollo, por cierto, va de la mano -aunque con ciertos retrasos- con los avances y los estudios progresivos e intensos del Derecho Penal económico<sup>33</sup>. La pregunta sería: ¿es la persona jurídica solamente objeto de preocupación en el Derecho material (penal) o también puede ser objeto de preocupación en el Derecho Procesal (penal)?.

Los penalistas -o los legisladores- se habían ocupado hasta el momento de si la persona jurídica tenía capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, pero no habían dicho nada de si tenía "vida" durante el desarrollo del proceso, donde precisamente se van verificando esas capacidades de acción, de culpabilidad y si finalmente podía ser objeto de una pena criminal. Concretamente en el ámbito jurídico-procesal, se afirmaba la incapacidad de las personas jurídicas para comparecer personalmente a juicio. Estos conceptos y argumentos imposibilitarían una vez más que las personas jurídicas puedan delinquir, porque a una persona (jurídica) que no se defendió en juicio —por no tener "vida" procesal— no podría imponérsele jamás una sentencia condenatoria. Eso sería ir contra los principios básicos del sistema acusatorio.

Sin embargo, la consideración de la persona jurídica como cosa u objeto peligroso no es incompatible con la conveniencia de considerarla parte en el proceso penal, en el que no se discutirá el destino del objeto peligroso, sino los propios criterios de imputación de la responsabilidad accesoria. La capacidad de imputación (acción, culpabilidad y de pena) tendría que ir de la mano con la

---

las penas. Libro homenaje a Isidoro de Benedetti. Buenos Aires, 1997, p. 35.

<sup>33</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. "Delito socio económico y proceso penal: el Derecho Procesal Penal económico". En: *Advocatus*. N° 4, 2001, p. 263.

capacidad procesal (para ejercer el derecho de defensa y otros). La "puerta de entrada" como parte procesal de la persona jurídica la da el artículo 90 del Código Procesal Penal del 2004, que establece que las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del fiscal. En el Derecho peruano, la persona jurídica es sujeto de Derecho Procesal expresamente. Es decir, la única condición que se exige es que se pueda aplicar, una vez finalizado el proceso, la figura del decomiso y las consecuencias accesorias.

Una vez incorporada la persona jurídica al proceso, se requerirá a su órgano social que designe un apoderado judicial que estará sujeto a las mismas obligaciones y derechos que cualquier sujeto procesal. La persona jurídica tiene legitimidad pasiva a través del sujeto que sea su órgano natural de representación. En este sistema de enjuiciamiento no puede haber prisión preventiva, pero no se advierte impedimento alguno para que se ordenen medidas cautelares que no supongan restricción a la libertad pero sí al patrimonio. Es decir, la condición de parte procesal de la persona jurídica tiene que ver con la incorporación de las llamadas medidas preventivas contra las personas jurídicas. Se trata en realidad de una versión de las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código Penal pero en vía procesal y con fines preventivos, ya que son medidas coercitivas reales reguladas en el artículo 313 del Código Procesal Penal del 2004. Como se sabe, en el proceso penal solo cabe la imposición de las medidas coercitivas

reales una vez que se haya dictado el auto de procesamiento de la investigación preparatoria, antes no.

La presencia de las personas jurídicas en el sistema penal tiene como consecuencia la dificultad de identificación de los sujetos que intervienen en el hecho típico, que en definitiva, son dificultades probatorias y no dogmáticas. Por ello, se exige que además de considerarla como “parte” -como a un imputado- en el proceso penal, se tenga los instrumentos probatorios adecuados -principio de libertad probatoria- para alcanzar la verdad histórica y aplicación de la ley sustantiva.

La forma de responsabilidad civil en función a las medidas coercitivas reales recae en el “tercero civil”, que es aquel sujeto (persona natural o jurídica) que sin ser imputado de la comisión del hecho delictuoso, interviene en el proceso penal por la existencia de suficientes elementos de una relación especial de carácter fáctico o jurídico con el autor o partícipe del delito, ya que aquel se encontraría en una mejor posición para afrontar las responsabilidades económicas del daño irrogado por el íntegro del mismo. No es requisito que el tercero haya obtenido algún tipo de beneficio o provecho con la comisión del delito. El tercero civil tiene su razón de ser en la ley, y su comprensión en el proceso penal es de carácter contingente. El presupuesto fundamental del tercero civil es haberse acreditado y declarado previamente la insolvencia de quien debiera responder civilmente en primer lugar.<sup>34</sup> En tal sentido, se tiene que acudir en primera instancia a todas las posibilidades legales para tratar que el responsable directo

(imputado) asuma el pago de la reparación civil; para eso se acude a dos artículos del Código Penal. Así, el artículo 98 que regula el embargo de hasta un tercio de su remuneración del imputado para el pago de la reparación civil, y el artículo 97 que estatuye la revocación o anulación de los actos u obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho delictivo si tienen como finalidad crear situaciones de insolvencia deliberadas en el responsable directo. Asimismo, debe advertirse que el artículo 95 del Código Penal establece: “La reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible, sin perjuicio del derecho de estos para reclamar su valor contra quien corresponda”.

Ello en concordancia con el artículo 1981 del Código Civil que dispone: “Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”. Las normas que regulan al tercero civil se hallan a partir del artículo 111 y siguientes del nuevo Código Procesal Penal. La institución del tercero civil tiene una finalidad preventivo-aseguradora, parecida a la que se legisla en el artículo 104 del Código Penal, correspondiente a la figura del decomiso o privación de las ganancias obtenidas por personas jurídicas. El artículo 104 del Código Penal se aplicará siempre y cuando: “(...) sea necesaria para cubrir la reparación pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes”. En suma, hay una superposición normativa que necesita una

---

<sup>34</sup> ORE GUARDIA, Arsenio. “La coersión real y las consecuencias civiles ex delicto”. En: II Congreso Internacional de Derecho Penal. PUCP, Lima, 1997, p. 98. En: *Advocatus*. N° 4, 2001, p. 263.

reforma de lege ferenda, ya que en la práctica nuestros tribunales aplican reiteradamente la figura del tercero civil y el decomiso brilla por su ausencia.

### **2.3.- LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO COMPARADO**

Respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, REYNA ALFARO<sup>35</sup>, sostenía que el aforismo latino que dice “*societas delinquere non potest*”, la sociedad, la empresa, no puede delinquir, hasta hace pocas décadas, era enunciado de modo categórico, negando la posibilidad de sancionar penalmente a las propias personas jurídicas (pues, a los directivos, sí se les puede sancionar) y reafirmando el paradigma de la responsabilidad penal individual. A la actualidad, sostenía, la perspectiva ha cambiado de tal manera que se busca diseñar un sistema legal que permita la incorporación de la responsabilidad penal de las empresas.

Con justificación, el citado autor sostiene que la relevancia actual de la criminalidad producida en el contexto empresarial provoca exigencias político criminales que han motivado que el antes excepcional discurso de responsabilidad penal de la propia persona jurídica se transforme en una tendencia dominante que trasciende los límites del *common law*.

Las legislaciones penales en derecho comparado mostraban un panorama bastante claro: En los países del *common law* predominaba la regla de la

---

<sup>35</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel; “*Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas*” en Teleley.com, revista peruana on-line: <http://www.teleley.com/revistaperuana/3reyna-68.pdf>.



responsabilidad directa de la persona jurídica; en los países del orden jurídico europeo continental la posibilidad de sancionar directamente a la persona jurídica era rechazada a favor de la responsabilidad penal individual. Hoy en día ese esquema se ha visto alterado.

Existe una tendencia creciente en el Derecho europeo continental a reconocer la responsabilidad penal de la propia persona jurídica; en esa línea, además de la implementación en el Código penal francés de una regla de responsabilidad directa de la propia persona jurídica y la posible futura introducción en el Código penal español de una reforma (Exp. 121/000119) a favor de responsabilizar directamente a la persona jurídica, se observa cómo el Corpus Juris europeo destinado a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea muestra en su artículo 13º (antes el artículo 14º) una disposición de responsabilidad penal directa de las corporaciones.

Esta situación provoca la necesidad de revisar, en primer lugar, la conveniencia político criminal de responsabilizar directamente a los entes empresariales, y, en un segundo término, determinar si es posible sostener, ya sea a nivel de *lege lata* o de *lege ferenda*, la responsabilidad penal de las personas jurídicas o si, por el contrario, la criminalidad de empresa debe enfrentarse a través de fórmulas destinadas al castigo del sujeto individualmente responsable del hecho punible.

Por lo que, resulta necesario hacer un recuento de lo que acontece en el derecho comparado, partiendo por nuestro país.

### **2.3.1.-En el Perú**

En el contexto peruano rige casi sin discusión el principio “*societas delinquere non potest*”, esto, porque las construcciones punitivas del derecho penal peruano tienen una tendencia única hacia la responsabilidad individual, lo que imposibilita que las “actuaciones” de una persona jurídica puedan subsumirse dentro del concepto “acción” recogido en el artículo 11° del Código Penal de 1991; así, sólo pueden ser imputadas las conductas de los administradores y representantes de éstas.

Tanto en el Código Penal de 1863 como en el de 1924 no se avizoraba siquiera una responsabilidad de la persona jurídica; se consideraba únicamente a la persona natural como susceptible de imputación de la comisión de delitos. Sin embargo, según manifiesta el profesor HURTADO POZO<sup>36</sup>, en el Código Penal de 1924, ya se habría dado la posibilidad de comprender a la persona jurídica en la comisión de delito relacionado con la quiebra fraudulenta.

En el Código penal vigente, si bien tampoco se recoge como principio la responsabilidad de las personas jurídicas, si se acepta de manera innovadora la

---

<sup>36</sup> Citado por CASTRO OLAECHEA, Nelly, en “**Responsabilidad penal de las personas jurídicas**” revista virtual de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres: [http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2012/Articulos\\_estudiantiles/082011\\_Responsabilidad\\_penal\\_de\\_las\\_personas\\_juridicas.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2012/Articulos_estudiantiles/082011_Responsabilidad_penal_de_las_personas_juridicas.pdf).

aplicación de las denominadas "consecuencias accesorias" reguladas en el artículo 105º de dicho cuerpo de leyes, las que según la doctrina mayoritaria vendrían a ser verdaderas sanciones penales aun cuando otros consideran que sólo son medidas de seguridad.

Según CASTRO OLAECHEA<sup>37</sup>, mención especial merece la figura denominada "Actuar en lugar de otro" regulada en el artículo 27º del Código Penal de 1991, que viene ser una forma de hacer responsable a un sujeto por la comisión de un delito especial. La doctrina ha asumido que esta situación por lo general recaerá en el representante de persona jurídica quien no cumple con las condiciones especiales que exige el tipo penal no pudiéndosele sancionar penalmente, pues de hacerlo se vulnera el principio de legalidad, pero que materialmente ostenta una posición preferente en la configuración del hecho. Así, se sanciona a los representantes de las personas jurídicas, puesto que no es posible sancionar a éstas últimas en aplicación del aforismo "*societas delinquere non potest*". En este sentido, se requiere de tres condiciones para responsabilizar penalmente al representante de la persona jurídica:

1) La relación de representación, la persona que no reúna la calidad especial de autor debe tener la calidad de órgano de representación autorizado de una persona jurídica; esta representación incluye a la que se ejerce de hecho.

---

<sup>37</sup> Op. cit.

2) Actuar como órgano de representación o como socio representante; es decir, el acto que da lugar a la punibilidad debe ser realizado a título de representante y no a título personal.

3) La realización del tipo penal, esto significa que el delito especial debe ser imputable objetiva y subjetivamente al representante de la persona jurídica, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero, sí en la persona jurídica representada.

El artículo 105 del Código Penal regula las consecuencias accesorias o medidas que el Juez puede aplicar cuando el hecho punible fuese cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo. Y si bien subsiste un delineado debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como sanciones penales especiales<sup>38</sup>. En primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas -desde su actividad, administración u organización- con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. Y, en segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o

---

<sup>38</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 757 y ss.

restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución<sup>39</sup>.

Es pertinente distinguir que este tipo de sanciones penales no son penas accesorias como la de inhabilitación que define el artículo 39º Código Penal. No son, pues, un complemento dependiente o accesorio a una pena principal que se imponga al autor del delito. Su calidad accesorio, vicaria o paralela deriva, más bien, de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación, un ente colectivo. Se trataría, pues, de una especie de exigencia normativa que opera como una condición objetiva de imposición de consecuencias accesorias.

Se destaca que, por su naturaleza sancionadora, las consecuencias accesorias imponen que su aplicación judicial observe, también, con justificada racionalidad, las exigencias generales que derivan del principio de proporcionalidad concreta o de prohibición del exceso. En tal sentido, el órgano jurisdiccional deberá evaluar en cada caso la necesidad especial de aplicar una consecuencia accesorio en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan estrictamente a las circunstancias del suceso sub iudice y según los criterios de determinación anteriormente detallados. Ello implica, pues, que excepcionalmente, el Juez puede decidir omitir la aplicación de tales sanciones a una persona jurídica cuando lo intrascendente del nivel de intervención e

---

<sup>39</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “Las consecuencias accesorias aplicables a las Personas Jurídicas del

involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición.

Cabe recordar que estas opciones jurisdiccionales no son ajenas a nuestra legislación vigente y se expresan normativamente en el sentido y función del artículo 68° del Código Penal, al tratar de la exención de pena. No obstante, es de demandar siempre que esta clase de decisiones sean consecuencia de un riguroso análisis fáctico y normativo, y que ellas sean motivadas de manera específica y suficiente.

En el ámbito procesal toca delinear las garantías y los procedimientos que deben viabilizar la aplicación judicial de consecuencias accesorias a una persona jurídica. Aquí debe definirse el procedimiento más idóneo que asegure, con puntual observancia de los principios y garantías procesales constitucionalmente relevantes, la presencia y la intervención en un proceso penal del ente colectivo; así como la identificación de las partes legitimadas y de las características fundamentales de una dinámica contradictoria que sea idónea para debatir, sin mengua de las garantías del debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de inocencia, la relevancia penal de la concreta intervención de una persona jurídica en el hecho sub iudice.

En algunos sistemas jurídicos extranjeros es también la legislación material la que demanda la habilitación de este escenario procesal. Así, por ejemplo, en

España el artículo 129º del Código Penal advierte que las consecuencias accesorias aplicables a una persona jurídica requieren de una audiencia previa donde ella pueda alegar, a través de sus representantes legitimados, lo que le sea favorable (“El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias”).

En lo que atañe a nuestro sistema jurídico las consecuencias accesorias, por su efectividad sancionadora, deben, también, aplicarse en el marco de un proceso penal con todas las garantías. La persona jurídica, entonces, tiene que ser emplazada y comparecer ante la autoridad judicial por su apoderado judicial con absoluta capacidad para ejercer plenamente el conjunto de los derechos que dimanen de las garantías de defensa procesal –derecho de conocimiento de los cargos, de asistencia letrada, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación y al silencio, de prueba, de alegación, y de impugnación- y de tutela jurisdiccional –en especial, derecho a una resolución fundada y congruente basada en el derecho objetivo y derecho a los recursos legalmente previstos-.

Con tal efecto, la persona jurídica deberá ser comprendida expresamente en sede de instrucción en una resolución judicial de imputación –en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario-, circunscripta a la posible aplicación de consecuencias accesorias, ello sin perjuicio de que concurrentemente pueda haber sido pasible de una imputación en el proceso civil acumulado como tercero civil. Es evidente que nadie puede ser acusado, sin antes

haber sido comprendido como procesado o sujeto pasivo del proceso, a fin de que esté en condiciones razonables de ejercer el conjunto de derechos necesarios para afirmar su pretensión defensiva o resistencia: derecho a ser oído, a probar e intervenir en la actividad de investigación y de prueba, a alegar sobre los resultados de aquella actividad, y a impugnar.

Al respecto, el Nuevo Código Procesal Penal ya considera a la persona jurídica como un nuevo sujeto pasivo del proceso penal en el Título III, de la Sección IV, del Libro Primero. Pero ya no para afrontar únicamente eventuales responsabilidades indemnizatorias, directas o subsidiarias, sino para enfrentar imputaciones directas o acumulativas sobre la realización de un hecho punible y que pueden concluir con la aplicación sobre ella de una sanción penal en su modalidad especial de consecuencia accesoria<sup>40</sup>. Esta orientación legislativa, además, dispone, para todo ello, la realización de un proceso penal de corte unitario que comprenderá tanto a personas naturales como jurídicas, aunque con formulación de cargos y requerimientos diferenciados en atención a la naturaleza particular del sujeto imputado y de las necesidades específicas del *thema probandum* que le conciernen.

En el Nuevo Código Procesal Penal las normas relativas a la persona jurídica y a su rol en el proceso penal se encuentran comprendidas entre los artículos 90º a 93º. Cada una de estas normas legisla aspectos específicos vinculados con la capacidad procesal, los derechos y garantías reconocidos a las

---

Z VELARDEa 80.



personas jurídicas, así como sobre la actividad procesal que estas pueden desplegar. Sin embargo, la vigencia escalonada del Nuevo Código Procesal Penal en el país, como se ha destacado, limita la utilidad de las normas procesales alusivas a la persona jurídica y, por ende, dificulta la aplicación judicial de las consecuencias accesorias en muchos Distritos Judiciales.

### **2.3.2.-En Francia**

Una de las innovaciones más significativas, aunque no extraña al proceso legislativo francés, del nuevo Código Penal, está representada por la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estas disposiciones que prevén esta forma de responsabilidad alcanzan tanto a la categoría de personas jurídicas de derecho privado (sociedades civiles o comerciales, asociaciones, fundaciones, etc.) como a las de derecho público (por ejemplo, sindicatos), excluyéndose, en este último caso, al Estado.

En cuanto a las características de este modelo legislativo, se identifica que la responsabilidad es: a) acumulativa, b) especial; y, c) condicionada. Se dice que es acumulativa por cuanto la responsabilidad penal del ente ideal no excluye la responsabilidad de las personas físicas a quienes se les atribuye, sea en carácter de autor o de cómplice, el mismo hecho delictivo (art. 121º-2). Es también una responsabilidad especial por cuanto ella debe estar expresamente prevista por el texto de la ley (para el caso de delitos) o reglamento (cuando se trata de contravenciones) que define la infracción; de esto se desprende que: es necesario,

para poder responsabilizar al ente ideal que, tal posibilidad haya sido prevista en el propio texto que tipifica la infracción delictual o contravencional que se quiere aplicar; ello significa que tal responsabilidad penal no ha sido regulada con un carácter general sino especial. Es una responsabilidad condicionada a un doble requisito: a) la infracción debe haber sido cometida por un órgano o representante de la persona moral; y, b) debe, además, haberlo sido a su cuenta.

Respecto de la primera condición, se ha considerado que la responsabilidad del ente ideal supone siempre la actuación de un "substrato humano"; y este "substrato" debe ser un "órgano" o un "representante" de la persona jurídica. Por "órgano" se entenderá, por ejemplo el consejo de administración, la asamblea general, el consejo de vigilancia o el directorio de una sociedad; en tanto que, bajo el concepto de "representante" se comprende, por ejemplo, a un director general o un gerente. El segundo requisito se orienta a que, la concreta actuación de aquel órgano o representante de la persona jurídica se haya realizado con el propósito de obtener un beneficio para ésta.

El modelo legislativo francés se completa, como una lógica consecuencia de la prescripción de esta forma especial de imputación, con la previsión de un sistema de sanciones penales (arts. 131º-37 a 131º-49) adecuado a esta nueva categoría de sujetos (persona jurídica). En este sentido, se tiene que se establecen como principales penas las de: multa, disolución de la persona jurídica, colocación de la corporación bajo vigilancia judicial, cierre del establecimiento,

prohibición de emisión de cheques o utilización de cartas de pago, confiscación; y, publicación de la sentencia condenatoria.

### **2.3.3.-En Holanda**

En las legislaciones del ámbito jurídico continental-europeo, también tenemos el caso de Holanda. En efecto, el artículo 51º del Código Penal holandés, expresamente prevé la posibilidad de responsabilizar penalmente a las corporaciones.

Dicha norma expresa que: “1. Los delitos pueden ser cometidos por personas físicas o por personas jurídicas. 2. En el caso de un delito cometido por una persona jurídica, pueden ser perseguidas y sancionadas : 1) la empresa; o, 2) la persona que haya realizado el delito, así como la persona que haya favorecido la comisión del mismo; o, 3) cualquiera de los sujetos a la vez”.

### **2.3.4.-En España, Grecia, Alemania e Italia**

Dentro de los Estados miembros de la Unión Europea, los únicos que siguen rechazando la punibilidad de las personas jurídicas son España, Grecia, Alemania e Italia. Sin embargo, en estos dos últimos países se observa un cambio de pensamiento hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La discusión se centra en decidir si debe ser una auténtica responsabilidad penal o una sanción penal-administrativa.

Sin embargo, y aun cuando en el ámbito del derecho común se rechaza esa posibilidad (de responsabilizar penalmente a los entes ideales), lo cierto es que el modelo legislativo alemán se ha caracterizado por prever, desde hace tiempo, sanciones de naturaleza penal - administrativa contra la persona jurídica. En efecto, la responsabilidad de las sociedades responde, en Alemania, a un sistema estructurado a modo de parte general en el Código Contravencional Federal (OWIG). Los principios que recoge este cuerpo normativo constituyen los presupuestos que rigen la responsabilidad contravencional de las personas colectivas por los hechos de sus agentes, ya sea que estos hechos importen delitos o faltas de cualquier tipo. El parágrafo 30º del citado cuerpo legal, permite, en todo caso, la imposición de verdaderas consecuencias principales de carácter sancionador a la empresa como tal, en forma de multas contravencionales. De esta manera, podrá imponerse una multa a las personas jurídicas cuando sus órganos o representantes lesionen mediante la realización de comportamientos delictivos o contravencionales de deberes de la empresa relacionados con ella o cuando han obtenido o intentado su enriquecimiento.

La imposición de una multa contravencional a la empresa, exige, como hecho vinculante un delito o una contravención cometidos por una persona física plenamente imputable. El hecho que sirve de conexión debe, o bien haber vulnerado deberes que incumben a la persona jurídica o asociación, o bien debe haber producido o perseguido el enriquecimiento de la empresa.

Situación semejante a lo que ocurre en la legislación penal común alemana, también se da en la legislación española. El Código español no prevé la posibilidad de responsabilizar a la persona jurídica. En este caso, como en los modelos en los que se niega la responsabilidad penal de la persona jurídica, la doctrina funda esta postura en la incapacidad de acción del ente ideal y se enfatiza que la teoría del "actuar en lugar del otro", plasmada en la legislación, no significa ningún cambio respecto de aquel principio, sino que, antes bien, tiende a evitar las lagunas de impunidad que precisamente se derivarían de la irresponsabilidad de aquéllas.

Sin embargo, a lo expuesto, debe añadirse lo siguiente: En primer lugar, desde hace tiempo, se reconoce la responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito del derecho penal administrativo (o Derecho Administrativo Sancionador). Esto es, se admite la responsabilidad directa de las personas jurídicas en el orden administrativo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y en la legislación; la ley 30/1992 del 26 de noviembre sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, en su art. 130º dispone: "sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia". Esto significa que en el sistema español, se postula la idea que las necesidades preventivas para combatir la criminalidad de la empresa, pueden verse satisfechas a través de la imposición de otras consecuencias jurídico - penales (distintas de la pena): las medidas de seguridad.

Esta línea argumental, necesariamente se complementa con el reconocimiento de una llamada "peligrosidad objetiva" de la corporación; concepto con el que se alude a la probabilidad de que las estructuras e instrumentos societarios posibiliten la actuación criminal de los sujetos individuales. Orientación que no sólo se ha dado en la doctrina española, sino que, profundizando más la tendencia, ha llegado a ser plasmada en proyectos legislativos. Así fue, por ejemplo, en el "Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal" de 1980. Dicho documento, luego de sentar el principio general de que "las medidas de seguridad (...) no se podrán imponer sino a quienes hayan ejecutado un hecho previsto como delito, cuya comisión revele la peligrosidad del autor" (art. 131º), admitía, no obstante, que "podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas, las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieron en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes" (art. 132º).

Pese a la claridad de la indicada tendencia, y con el objeto de sortear las críticas formuladas por un sector de la doctrina, tanto los proyectos posteriores al de 1980 como el nuevo Código Penal sancionado el 23 de noviembre de 1995 (y en vigor a partir del 24 de mayo de 1996), aun cuando manteniendo, en términos generales la enumeración de las medidas que establecía el art. 153º del proyecto de 1980 le cambiaron su denominación. En efecto, ya no se habla de medidas de seguridad sino de "consecuencias accesorias". Obviamente la primera cuestión que plantea este cambio de denominación se refiere a la de determinar cuál es la

naturaleza jurídica de tales consecuencias. Las discusiones desarrolladas al respecto no permiten aún, arribar a una respuesta definitiva.

Una alternativa a considerarse en esas discusiones podría ser que dichas consecuencias puedan ser apreciadas como circunstancias accesorias de la sentencia condenatoria o como consecuencias accesorias especiales que, como el comiso, privan a la persona física del instrumento peligroso que representa en sus manos el instrumento del delito (esto es: la estructura societaria).

### **2.3.5.-En el Sistema Inglés**

Nos informa el profesor REGÍS PRADO<sup>41</sup>, que, en general, en los países pertenecientes a la familia del common law, de estructura totalmente diferente al sistema romano-germánico, está en vigor el principio del *societas delinquere potest*, tradicionalmente.

La idea de la responsabilidad penal de la persona jurídica es una creación jurisprudencial que data del inicio del siglo XIX. En las primeras decisiones, los tribunales ingleses sólo la admitían como excepción al principio de irresponsabilidad para delitos omisivos culposos (non feasance) y comisivos dolosos (misfeasance). Posteriormente, por intervención legislativa, fue reconocida la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Interpretation Act (1889), por

---

<sup>41</sup> En REGÍS PRADO, Luiz. **"La cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en derecho brasileño"** en REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 2ª Época, núm. 6 (2000), págs. 273-303.

medio de un dispositivo general que ha pasado a considerar el término persona como comprensivo también del ente colectivo. Esa especie de responsabilidad fue aplicada, inicialmente, a las regulatory offences (public welfare offences), infracciones castigadas con sanciones menos severas y de forma objetiva (independientemente de culpa). A partir de 1940, considerablemente ampliada, alcanzó a crímenes de cualquier naturaleza (v.g., estupro, homicidio).

La persona jurídica puede, así, ser responsabilizada por toda infracción penal que su condición le permitiera realizar. Eso ocurre, especialmente, en el campo de los delitos referentes a las actividades económicas, de seguridad en el trabajo, de contaminación atmosférica y de protección al consumidor. Aunque se exija, como regla general, mens rea, (elemento subjetivo) y actus reus (acto material), se admite la responsabilidad objetiva— strict liability (por acto personal, sin dolo o culpa, aplicable tanto a las personas jurídicas como a las físicas, en las infracciones del common law —derecho jurisprudencial— y del Statute law—ley) y por hecho de otro —vicarious liability— de carácter <sup>ex</sup>cepcional y que siempre da lugar a una strict liability. Por otro lado, se da la responsabilidad subjetiva en los casos en que se hace necesaria la presencia de mens rea (dolo o culpa) y actus reus para la configuración del delito.

Para imputar la práctica de un hecho punible y el eventual elemento subjetivo (voluntad) a la persona jurídica es indispensable una acción u omisión del ser humano. Eso impone que se haga uso de un artificio para atribuir a la persona jurídica los actos de una persona física: "un salto" de la persona física



hacia la jurídica. El fundamento penal encontrado está en la teoría de la identificación (identification theory) —identificación del Controlling mind— originaria de la jurisprudencia civil (Resolución de la House of Lords, 1915), que acabó por alcanzar el área criminal, en 1944. El juez o tribunal debe procurar identificar a la persona que “no sea un empleado o agente, cuya sociedad sea responsable por el hecho a consecuencia de una relación jerárquica, sino a cualquiera que la torne responsable porque el acto incriminado es el propio acto de la sociedad”. Se sostiene, por tanto, que la persona natural “no habla, no actúa para la sociedad; ella actúa en cuanto sociedad y la voluntad que dirige sus acciones es la voluntad de la propia sociedad”. Ella es la personificación del ente colectivo; su voluntad es la voluntad de éste. Como ha sido examinado, esa doctrina ha dado lugar a la idea de que la culpa de ciertas personas físicas puede ser imputada a una persona jurídica como su culpa propia o personal (personal liability), en una verdadera y total identificación.

En el momento actual, la teoría de la identificación exige al menos un único dirigente, esto es, una sola persona en el centro del organismo, en la que todos los elementos de culpa necesarios estén reunidos. Esa modalidad de responsabilidad, fruto de una mentalidad práctica, es aplicada por razones de política social, en unas hipótesis en las que el interés colectivo aparece en segundo plano.

### **2.3.6.-En el Derecho Brasileño**

La ley penal brasileña de los crímenes ambientales (Ley 9.605 de 12 de febrero de 1998), ha innovado al disponer en su artículo 3º, que "las personas jurídicas serán responsabilizadas administrativa, civil y penalmente conforme a lo dispuesto en esta Ley, en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en el interés o beneficio de su entidad". Luego, seguidamente dispone: "La responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho".

De esta forma, se corta con la continuidad del clásico aforismo del *societas delinquere non potest*. No obstante, en rigor a la vista de la configuración del ordenamiento jurídico brasileño —en especial del subsistema penal— y de los principios constitucionales penales que lo rigen (principios de la personalidad de las penas, de la culpabilidad, de la intervención mínima, etc.), resulta extremadamente difícil no admitir la inconstitucionalidad de ese artículo, ejemplo claro de responsabilidad penal por hecho ajeno. Debiendo agregarse a ello que, el legislador brasileño habría querido actuar con el pragmatismo inglés, pero, se advertiría que habría adoptado el modelo francés sin la conveniente adecuación de la totalidad del sistema penal a la innovación.

Por otro lado, la ley penal ambiental ha establecido una extensa lista de sanciones aplicables a las personas jurídicas. Así, lo disponen los artículos 21º, 22º y 23º de la citada ley, *ipsis litteris*. Por lo que, se concluye que el legislador brasileño de 1998, ha hecho, con la ley 9.605 más una opción criminalizadora, de

carácter eminentemente defensivo, que sólo puede ser aceptada si, en un verdadero tour de force —pragmático y artificial—, se privilegia político-criminalmente el fin en detrimento del medio. Lo que es inadmisibles en un Derecho Penal de perfil liberal y democrático, que tenga al ser humano como centro de todo Derecho.

## **2.4.- VIABILIDAD JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Al respecto, cabe señalar dos opiniones autorizadas, la de TIEDEMANN<sup>42</sup> y la de HURTADO POZO<sup>43</sup>.

El primero, sostiene que las dificultades dogmáticas tradicionales para acoger plenamente la criminalidad de las agrupaciones se originan en el contenido de las nociones fundamentales de la doctrina penal: acción, culpabilidad, capacidad penal. A primera vista, la acción siempre está ligada, en derecho penal, al comportamiento humano y la culpabilidad o culpa constituye un reproche ético o moral humano que estaría excluido en el caso de las agrupaciones. Estas no podrían ser, además, las destinatarias o sujetos pasivos de penas criminales con finalidad a la vez preventiva como retributiva. Estas dificultades son evidentemente mucho menos graves cuando sólo se prevén sanciones medio o cuasi penales y

---

<sup>42</sup> TIEDEMANN, Klaus. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*” en el sitio de internet Derecho Penal del profesor José Hurtado Pozo: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf).

<sup>43</sup> HURTADO POZO, José. “*Responsabilidad penal de la empresa en el Derecho Penal Suizo*” en el sitio de internet Derecho Penal del mismo autor: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080526\\_12.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_12.pdf).

no verdaderas penas respecto a las agrupaciones. En ese caso, las categorías y principios penales pueden ser flexibilizados o ampliados.

Un primer punto dogmático importante para la discusión sobre la admisión de penas criminales contra las agrupaciones, manifiesta el autor, aparece recogido por las doctrinas inglesa, holandesa y norteamericana. Si la persona moral puede concluir un contrato (p. ej. de compraventa), ella es el sujeto de las obligaciones que se originan y ella es quien puede violarlas. Esto quiere decir que la persona moral puede actuar de manera ilícita. Es de considerar, manifiesta, que, además existen en derecho económico y social normas jurídicas dirigidas únicamente a las empresas, no a los individuos. Citemos a modo de ejemplo, el derecho de la competencia que, a nivel tanto de la Unión Europea como de sus Estados miembros, afecta a las empresas y a las asociaciones de empresas. Las acciones de las personas físicas, actuando para la empresa, deben ser pues consideradas como de la empresa. No es muy importante llegar a este resultado a través ya sea de la imputación de las acciones a la empresa o de la idea que la entidad social actúa ella misma mediante sus órganos.

Finalmente, sostiene que el establecimiento de un verdadero derecho penal de las personas jurídicas, como una nueva “segunda vía” junto al derecho penal de las personas individuales, implica numerosos problemas de orden procesal. Se deben determinar las reglas de procedimiento que deberían asegurar ante todo la posibilidad de perseguir las agrupaciones independientemente de la persecución

de los autores físicos. La experiencia forense de los Estados Unidos muestra la existencia de estos problemas, pero también las posibilidades para solucionarlos.

Por su lado, HURTADO POZO, aborda este tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica, igualmente, desde la perspectiva del concepto de “sujeto de derecho”; sostiene que las objeciones formuladas contra el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituyen la expresión de una concepción específica de la persona humana. Esta es percibida como el ser humano natural, poseedor de capacidades físicas y psíquicas específicas. Por tanto, es la única que tiene la capacidad de actuar, la capacidad de comprender lo que hace u omite y, por tanto, la única que puede ser culpable. Por las mismas razones, sólo ella puede ser, por ejemplo, condenada a una pena privativa de libertad.

Sin embargo, dice, en Derecho Privado no se niega, recurriendo a la misma concepción, que la persona jurídica tenga la capacidad de actuar (suscribir contratos), la capacidad de responder por los perjuicios causados (indemnización por actos ilícitos: incumplimiento de contrato), la capacidad para soportar sanciones civiles (inhabilitación para efectuar ciertas actividades). Así, la persona jurídica es tratada de la misma manera que la persona individual en la atribución de derechos y obligaciones, a pesar que no es un ser humano, una persona natural. Y a continuación se pregunta: ¿significa esto que en Derecho Civil no sea considerado el ser humano de la misma manera como lo es en Derecho Penal?. La respuesta sólo puede ser negativa. El ser humano está en el centro de todo el

derecho, por el simple hecho que él es quien lo crea y, al mismo tiempo, es su finalidad, en última instancia.

Aclara que el sujeto de derecho, o persona, no se identifica con el ser humano. Dicho con más propiedad, la noción de sujeto de derecho o persona, no es igual a la noción de ser humano. Admitir lo contrario, implica que se están confundiendo dos planos diferentes: el del mundo físico, natural, con el "mundo" normativo del derecho. Capacidad de actuar o capacidad de culpabilidad son nociones jurídicas que no deben ser confundidas con las aptitudes físicas, psíquicas e intelectuales del ser humano. Cuando no se respeta esta distinción, el concepto jurídico de persona es erróneo y empíricamente falso; porque seres humanos capaces mentalmente pueden no ser considerados como personas por el derecho (los esclavos y los extranjeros, humanos, no eran considerados como "personas" para el Derecho Romano) y, al contrario, considera personas a entes que no son seres humanos (las personas jurídicas son el ejemplo por excelencia).

La noción de sujeto de derecho o persona es de índole convencional. Mediante ella, el legislador califica a determinados seres humanos, atribuyéndoles deberes y obligaciones bajo ciertas condiciones. De esta manera, establece las condiciones bajo las cuales se debe determinar quién debe ser considerado como el sujeto, por ejemplo, del derecho de poseer, comprar, suscribir contratos, ejercerla patria potestad o de la obligación de indemnizar al perjudicado, de alimentar a un menor de edad. De manera figurada, se puede decir que el derecho atribuye (a través de las normas) los diversos papeles que pueden asumir

determinados seres humanos (los actores). Los términos "sujeto de derecho" o "persona", son usados de manera paradigmática en el sentido de personaje: una personificación, un papel representado por un actor. Personaje al que se considera filosóficamente, desde el siglo de las luces, como sujeto dotado de razón y voluntad libre. Pero este personaje, sujeto de derecho o persona, no debe ser confundido con el sujeto físico (de carne y hueso). Sólo existe en tanto forma o manera de percibir jurídicamente la realidad y es, por tanto, irreducible al mundo extra jurídico.

El ser humano, concebido a partir del siglo de las luces como centro del universo y señor absoluto de lo que crea, es responsable de sus acciones tanto ante el mismo, como ante los demás (tan libres como él mismo). Así, la voluntad es considerada como factor esencial de la responsabilidad de todo ser libre. En este contexto, se definirá la personalidad como la posibilidad subjetiva de la voluntad jurídica, llegándose así a concebir al "hombre" como titular de "derechos subjetivos". Esto no significa que se ignore la relación existente entre sujeto de derecho o persona y ser humano; sin embargo, cuando se utilizan las expresiones "sujeto de derecho" o "persona", en el discurso jurídico, no se hace con la finalidad de designar directamente a un ser humano, sino más bien para referirse a éste con relación a su conducta jurídicamente regulada. En esta perspectiva, Kelsen afirmó que el objeto de la ciencia jurídica no es el hombre sino la persona.

La idea de que todos los seres humanos son personas (en sentido jurídico) constituye la culminación de un largo proceso social. Sin embargo, sólo puede ser

cabalmente comprendida si es replanteada diciendo que, actualmente, los sistemas jurídicos modernos invisten con derechos, deberes y facultades a todos los individuos por el simple hecho de pertenecer al género humano.

En el contexto normativo del derecho, se comprende fácilmente que se considere como personas o sujetos de derecho a las agrupaciones de individuos; siempre y cuando no se crea que se les otorga dicha calificación en razón a sus características humanas. Se trata de una calificación jurídica y no de una propiedad natural. Así, se puede decir, de manera general, que “persona”, en sentido jurídico, es aquel “algo” al que se atribuyen derechos y deberes por las normas jurídicas. El efecto práctico es que los derechos, obligaciones y facultades conferidos, serán tratados de manera unitaria. La agrupación o persona colectiva (persona jurídica), de la misma manera que el sujeto de derecho o persona, con respecto al ser humano, está relacionada con los seres humanos individuales que la conforman, pero tampoco puede ser identificada con éstos. Cuando se dice que la persona colectiva está obligada a pagar una multa fiscal, esto quiere decir, conforme a la regulación normativa vigente, de un lado, que uno de sus miembros individuales incurrió en una conducta determinada y, de otro lado, que dicho incumplimiento es atribuido a la persona colectiva.

La presencia real de las personas colectivas, en sociedades altamente complejas y tecnificadas como las nuestras, hace bastante comprensible que se plantee la cuestión de la responsabilidad ética y social de la empresa, como tal. Su marcada influencia, tanto en el desarrollo técnico como económico, es



determinante en la creación de situaciones y relaciones riesgosas (por ejemplo, en el mercado financiero o el medio ambiente) y constituye un hecho fundamental para delimitar el papel social que desempeñan. Los esfuerzos para determinar la responsabilidad social de la empresa, persona colectiva, suponen concebirla normativamente como una persona diferente a la de sus miembros individuales. El objetivo es fijar bajo qué condiciones se considera a la empresa responsable socialmente y en qué consiste esta responsabilidad.

En ese sentido, el sujeto de derecho en materia penal, tanto como sujeto activo del delito como sujeto pasivo de las sanciones penales, es igualmente determinado por la manera como el legislador establece las condiciones de punibilidad y como define los comportamientos delictuosos en particular. La dogmática penal no tiene como objeto determinar en qué consiste realmente el delito (hecho social), ni cómo es el ser humano delincuente.

No existen delitos naturales; ni delincuentes natos. Se trata de categorías normativas determinadas por la regulación legislativa penal. Lo mismo se puede decir de cada una de las nociones establecidas en base a lo previsto en la ley penal. Por ejemplo, aun en el caso de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad que puede ser considerada como una de las nociones más cercanas a la realidad humana, no se puede decir que se trate de una calificación concreta del ser humano de acuerdo con los criterios de las ciencias humanas. Se trata más bien de una calificación jurídica de un aspecto de la realidad (persona física concernida) y, al mismo tiempo, de una clasificación de las condiciones normativas

que deben existir para imputar objetiva y subjetivamente el delito a una persona determinada.

La cuestión se reduce, según HURTADO, a determinar si hay que atribuir o no responsabilidad penal a las personas jurídicas y, en caso de una respuesta afirmativa, de qué manera y con qué amplitud hacerlo. Como lo muestra la evolución del derecho comparado, estas cuestiones corresponden al ámbito de la política criminal y, de manera más amplia, a la política general del Estado. Si se tiene en cuenta que desde hace decenios, en el derecho anglosajón, se responsabiliza penalmente a las personas jurídicas, resulta difícil sostener que el dogma de la responsabilidad penal individual constituye un obstáculo insuperable.

No se trata de una verdad absoluta y su admisión también depende de los criterios de política criminal que se acepten. Esto no implica atribuir al Estado un poder absoluto para reprimir, ya que las soluciones que se adopten deben conformarse a los criterios de proporcionalidad y subsidiaridad del Derecho Penal. Además, siendo el Derecho Penal la última ratio en el sistema de control social, el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídica debe estar acompañado por la renovación y el perfeccionamiento de las medidas de orden económico y jurídico en el ámbito civil administrativo.

Por último, REYNA ALFARO<sup>44</sup>, concluye que al aforismo *societas delinquere non potest*, sin duda, le queda poco futuro. Pese a la subsistencia de voces en la doctrina que persisten en postular que las personas jurídicas no pueden delinquir, la realidad criminógena subyacente a la criminalidad de empresa obliga a un examen sobre la capacidad de rendimiento de la dogmática penal tradicional y las posibilidades que ofrece la creación de un sistema de imputación penal para las propias personas jurídicas.

Sostiene que las estructuras en las que se asienta la teoría del delito resultan de escasa utilidad para las personas morales debido a su marcada orientación personalista que sino obstruyen al menos dificultan en gran medida su aplicación en el contexto de las estructuras empresariales. En consecuencia, considera que resulta preferible la construcción de una teoría del delito orientado directamente hacia las personas jurídicas y que resulte plenamente independiente del constructo correspondiente a las personas naturales.

---

<sup>44</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel; *"Panorama actual de la responsabilidad penal de las*

### **CAPÍTULO III**

#### **PROBANZA DE LA HIPÓTESIS**

En el presente capítulo, se efectúa el análisis doctrinario, normativo, jurisprudencial y comparado de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, determinando la pena del delito de uso de documento falso en la contratación pública, probando así la hipótesis planteada.

#### **3.1.- ANÁLISIS DOCTRINARIO Y NORMATIVO DE LAS VARIABLES**

##### **3.1.1.-Variable V1 – Variable V1.1**

###### **La acción y la culpabilidad**

- ❖ Que las personas jurídicas tienen capacidad de acción, pues son destinatarias directas de las normas de conducta; así como, capacidad de culpabilidad, pues pueden vulnerar el deber de organizarse correctamente. Este indicador se analizará a través de la Doctrina.

El primer argumento intentado a favor de la restricción de la capacidad penal de las personas jurídicas es que ellas no son capaces de acción. El punto de vista para rebatir tal aserción es hallado por los partidarios de su

responsabilidad penal en la naturaleza jurídica del ente ideal para quienes son formas de organización humana que constituyen entes autónomos con la necesidad de realizar sus acciones a través de personas humanas. Las críticas se dirigen a señalar la falta de voluntad independiente de las personas jurídicas, ya que la voluntad debe provenir de personas humanas. En la doctrina anglosajona y holandesa se afirma que se equipara la actuación criminal del órgano representante de la empresa, siempre una persona física, con la de la empresa.

Esta construcción teórica recibe el nombre de **doctrina de la identificación**. La doctrina de la identificación justifica el castigo de la empresa por la actuación de sus empleados. TIEDEMANN sostiene que las personas jurídicas, al igual que las físicas, son también destinatarias directas de las normas de conducta, es decir mandatos y prohibiciones y que el derecho positivo parte de ello. Las personas jurídicas tienen capacidad de acción y, por ello, pueden ser destinatarias de las normas de conducta, y si el legislador dirige las normas a las personas jurídicas es porque ellas también pueden producir los efectos exigidos por la norma, es decir, pueden producir acciones u omisiones.

Este autor resuelve el tema de la culpabilidad de la empresa mediante el concepto "deficiencia en la organización", es decir una vulneración al deber de organizarse correctamente, contrario a sus obligaciones de control y vigilancia. A este autor se le critica fundamentalmente porque propone un criterio de culpabilidad por hecho ajeno. Este responde a dicha crítica señalando que en realidad la persona jurídica responde por un hecho propio, o sea, por un hecho

que también es suyo, al igual que sucede por ejemplo en el supuesto del coautor o del autor mediato, a quien se le imputa hechos no realizados por él mismo sino por otro coautor o por el instrumento. El defecto de la organización de la empresa, es decir, la omisión de la adopción de medidas de precaución para evitar la comisión de delitos en el ejercicio de la actividad de la empresa, sería el hecho fundamentador de la culpabilidad de la propia persona jurídica. Las medidas de precaución que se infringen son, respectivamente, medidas de deberes de vigilancia, control, y organización, que obligan a la misma agrupación, como tal, siendo por todo ello que la lesión de tales deberes es lesión de deberes de organización y, en consecuencia, no son propios de la persona jurídica.

En España dicha postura es seguida por el profesor Adán Nieto, quien refiere que "...el aspecto más revelador para asentar el grado de culpabilidad de la empresa es precisamente el nivel jerárquico del infractor. Los deberes de organización deben ser mayores para asegurar que los directivos respetan la ley que para los empleados" <sup>45</sup>. En la doctrina alemana Günther Jakobs<sup>46</sup> también reconoce al ente ideal capacidad de acción y culpabilidad. Sostiene previamente en su concepto de acción que el mismo se define como "la evitabilidad individual de la producción de un resultado", la comprobación de si concurre acción no se resuelve desde un punto de vista exclusivamente naturalístico, lo importante es la determinación valorativa del sujeto de la imputación. No cabe fundamentar que en

---

<sup>45</sup> NIETO MARTÍN, Adán. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas". Resumen de la monografía "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo". Iustel. Madrid. 2008 pág. 13.

<sup>46</sup> JAKOBS, Günther. "Dogmática de derecho penal y configuración normativa de la sociedad", recopilación del profesor Jacobo López Barja de Quiroga. Editorial THOMSON-CIVITAS. Primera edición. Madrid 2004. pág. 131.

la determinación del sujeto el sistema que ha de formarse deba estar compuesto siempre de los componentes "persona física" y no de una persona jurídica (estatutos y órganos). Las actuaciones de las personas jurídicas con arreglo a los estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica. Concluye diciendo que tanto para la acción como para la culpabilidad son idénticas las formas dogmáticas en la persona física y en la jurídica.

Conforme lo refiere Silvina Bacigalupo<sup>47</sup> al respecto de la construcción dogmática del profesor Jakobs: "Si se traslada este modelo del concepto de acción a la persona jurídica, entonces debemos afirmar la posibilidad de que el órgano de una persona jurídica, que tenga las características de una producción de un resultado evitable individualmente: 1) la posibilidad de que la persona jurídica sea un sujeto de imputación válido para el Derecho Penal (compuesto por estatutos y órganos) y 2) La persona jurídica puede realizar una acción penalmente relevante en el sentido de que podía evitar individualmente (el órgano competente) es decir, de acuerdo con sus capacidades (determinadas por su estatuto y sus órganos), producir su resultado."

Esta autora en la línea del profesor Jakobs sostiene que la determinación de la acción se encuentra en relación al órgano o persona competente de la persona jurídica, por lo que con tal condición se excluye las acciones del mero operario o de un miembro competente que actúe bajo beneficio propio, tales hechos deben vulnerar las obligaciones del giro de la empresa, es decir debe existir una relación funcional entre el hecho antijurídico y las obligaciones propias

de la empresa. Como ya se ha hecho referencia de manera somera uno de los grandes escollos a superar es la incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas: luego de fundamentar e intentar resolver el problema de la acción surge el problema de aplicar el elemento de la culpabilidad. Es obvia la complejidad e importancia que existe para aplicar la norma penal a las personas jurídicas en cuanto a la aplicación del elemento de culpabilidad, esto teniendo en cuenta que el elemento volitivo es determinante para encuadrar el comportamiento ilícito dentro de una conducta dolosa o culposa.

El asunto de la aplicación de la culpabilidad de las personas jurídicas es sin duda alguna el mayor escollo (jurídico) a superar, se han dado diversas soluciones desde una nueva conceptualización de los elementos de constitutivos de la culpabilidad hasta la desaparición de este del elemento de la conducta punible (obviamente para la aplicación a las personas jurídicas).

Al respecto el profesor Gunter Heine ha preferido construir "una culpabilidad de las organizaciones fundada en la organización deficiente de la empresa que se origina en la propia empresa de modo independiente a la culpabilidad individual de quienes actúan a favor de la empresa"; tal autor pretende crear un sistema de responsabilidad paralelo al sistema individual de responsabilidad. Conforme lo refiere el mismo, la culpabilidad por una organización deficiente no se sustenta en decisiones individuales sino en lo que denomina "una deficiencia duradera en la previsión de los riesgos de explotación".

---

<sup>47</sup> SILVINA BACIGALUPO "Responsabilidad penal de las personas jurídicas". Editorial Hammurabi



Para los tratadistas citados se concluye que de una u otra manera todos han buscado una normativización de los conceptos dogmáticos de acción y culpabilidad a fin de fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En nuestra opinión luego de las posiciones fundamentadas se puede concordar con lo expresado por Silvina Bacigalupo afirmando una responsabilidad penal de las personas jurídicas al referir que “si se opta por un sistema penal elaborado exclusivamente para las personas jurídicas, no cabrá más posibilidad que recurrir para la determinación de la culpabilidad a conceptos como el de culpabilidad de la organización o a un concepto fundado en aspectos preventivo especiales o bien estableciendo un sistema específico de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### **3.1.2.-Variable V2 – Variable V2.1**

**La fórmula de “actuar en lugar de otro”.**

- ❖ V2.1. Que la fórmula de actuar en nombre de otro no tiene relación alguna con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues no es un paliativo a los efectos del principio *societas delinquere non potest*, sino que trata de paliar los

efectos de la despersonalización de los representantes de una persona jurídica cuando se particulariza la responsabilidad penal. Este indicador se analizará a través de la Doctrina, y el artículo 27 del Código Penal.

La fórmula de la actuación en lugar de otro no se encuentra regulada en ordenamientos como el argentino. Aquí no tiene regulación expresa en la Parte General del Código Penal, aunque algunos pretenden encontrarla en la Parte Especial de manera “encubierta” o “simulada”. Ante esta situación el legislador argentino ha optado por incorporar cláusulas específicas en determinados sectores para castigar a los representantes de las personas jurídicas, no siempre acordes con las anteriores leyes especiales.

Uno de los autores más importantes sobre la actuación en lugar de otro, es sin duda GRACIA MARTÍN<sup>48</sup>, quien apunta que la fórmula del autor por otro, es un precepto de conexión al régimen general de la autoría que no produce ninguna modificación externa. Internamente, sin embargo, en el ámbito de los delitos especiales —y solo por lo que se refiere al círculo de intranei- provoca ciertos efectos que es preciso tener en cuenta aquí. La cláusula del artículo 15 bis del abrogado Código español, en virtud del juicio de equivalencia implícito en ella, otorga a los actuantes en lugar de otro -formalmente extranei- la categoría de intranei. El actuar en lugar de otro es aquella que trasmite los elementos objetivos -pertenecer a los órganos ejecutivos de dirección o coordinación que en principio es destinatario la persona jurídica por la decisión social- a las personas naturales

que la representan. De allí, entonces, que la figura del actuar por otro permite traspasar al gerente la calidad de deudor de la persona jurídica, con lo cual se puede configurar, por ejemplo, el tipo penal de fraude tributario.

Ante todo, es una fórmula que no tiene relación alguna con el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues como ha puesto de manifiesto OCTAVIO DE TOLEDO<sup>49</sup> "la fórmula legal del autor en nombre de otro no se ofrece como un paliativo a los efectos indeseables del *societas delinquere non potest*, sino que, a partir del mantenimiento de este principio, lo que trata de paliar son efectos (más bien los defectos) que la despersonalización de los individuos, consecuente con la personificación de la sociedad, acarrea en el momento de particularizar la responsabilidad penal". Por ello, aun cuando en el sistema positivo se dispusiera la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas seguiría existiendo la necesidad de regular el "actuar en lugar de otro".

La actuación en lugar de otro tiene como presupuesto relevante el de solventar las situaciones de legalidad en aquellos casos donde no sea posible imputar penalmente a determinados sujetos que poseen especiales características personales, y no está diseñado para resolver problemas que plantean la comisión de hechos punibles en estructuras complejas y organizadas.

Tampoco está pensada para solucionar carencias probatorias en el marco de delitos económicos y en los empresariales, ni es contrapunto a la solución

---

<sup>49</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal II, Zaragoza, 1986, pp. 110 y 111.

condensada en el aforismo *societas delinquere non potest*. En tal sentido, la formula del “actuar por otro” debe resolverse en el ámbito de la autoría. Así las cosas, se aplica exclusivamente a delitos especiales; y dentro de esta categoría se distinguen los propios e impropios, en este último caso no habrá mayores inconvenientes ya que si bien solo puede ser sujeto activo un sujeto idóneo o cualificado, se pueden modificar, atenuar o agravar los elementos de autoría, y además tienen una correspondencia típica común cuyo autor puede ser cualquiera. El problema se presenta, entonces, en los delitos especiales propios, esto es aquellos que pueden ser cometidos por determinadas personas que poseen “elementos objetivos” (relaciones, condiciones o cualidades especiales de autoría)<sup>49</sup>, que por afectar la Parte Esencial del tipo del injusto no encuentran correlato en una figura común paralela. En consecuencia, es necesario el recurso a dicho precepto para solventar los supuestos de impunidad, ya que, por ejemplo, el artículo 14 del StGB está diseñado para casos concretos de delitos especiales propios (“(...) y hubiese actuado con base en este encargo, se aplicará entonces también a los encargados la ley que fundamente la punibilidad con arreglo a elementos personales especiales, aunque estos elementos no concurren en él, pero si en el titular del establecimiento”).

La “actuación en lugar de otro” suele concentrarse en la base de la pirámide de la estructura societaria, pues son los escalones más bajos de la cadena

---

<sup>49</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. “Las actuaciones en nombre de otro”. En ADPCP. 1988, p. 28.

<sup>50</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “ El actuar en lugar de otro (artículo 31) en el nuevo Código Penal Español”. Estudios de Derecho Penal, Lima, 2000, p. 126.

funcional quienes ejecutan las ordenes de un plan previamente concebido arriba<sup>51</sup>. Es decir, descarga la responsabilidad penal en sujetos que poseen un limitado poder de decisión, quienes son, en definitiva, sustituibles, por lo que la "aptitud criminal de grupo" puede seguirse manteniendo sin problemas con otro representante. Por otro lado, se puede aplicar la fórmula del "actuar en lugar de otro" al delito de omisión impropia, todo depende si se considera a la omisión impropia como delito especial, precisamente por la posición de garantía que ostenta el sujeto omitente. Otras de las limitaciones que pueden argumentarse a la aplicación del "actuar en lugar de otro" en los delitos omisivos la trazan aquellos cuya propia estructura típica impide que se puedan cometer mediante una omisión, de todas maneras debe analizarse la naturaleza particular de cada delito.

En este orden de ideas, se postula una propuesta de reforma en la legislación peruana (artículo 27 del Código Penal) en el sentido de ampliar la punibilidad de esta fórmula dogmática a los delitos especiales impropios, porque la lógica indica que si para un delito especial propio se construya la fórmula del "actuar en lugar de otro" con el objetivo de que no se deje impune al sujeto no cualificado que actúo y, en definitiva, se le imponga la sanción que corresponde al delito especial propio, no debe haber inconveniente en aplicar la misma ratio al sujeto no cualificado que realiza un hecho previsto como delito especial impropio. Aquí no se trata de un análisis cuantitativo, sino, cualitativo, es decir, no se trata de imponer más o menos pena, sino de imponer la pena que corresponde al delito especial, sea propio, cuando se "actúa en lugar de otro".

---

<sup>51</sup> ZUÑIGA RODRIGUEZ. "Modelos De imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el Código

El Anteproyecto de Ley de la Parte General del Código Penal peruano (2004) estableció algunas modificaciones en la figura del "actuar por otro". Así, en el punto 24 se dijo: “Una variante importante se aprecia en la figura del actuar por otro en la que se elimina la frase “Órgano de representación autorizado” o “socio representante autorizado”, propio de la normatividad alemana, para referirse al representante de la empresa. También se agrega la representación “de hecho” de una persona jurídica, a fin de incorporar formas de representación voluntarias o fácticas reales, al margen de formalismos. Se admite que la actuación sea por una persona jurídica “regular” o “irregular”, con el propósito de evitar la impunidad por falta de formalidades de construcción de una persona jurídica pues el daño social sigue latente aun si ha sido cometido por agentes jurídicos informales. Además, se adiciona la representación de una “entidad pública” o de “una persona natural”. Este último agregado resuelve un vacío del texto penal vigente que solo admite representación de una persona jurídica, al aceptar, como en la legislación española, la representación de personas físicas”.

### **3.1.3.-Variable V3 – Variable V3.1**

#### **Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas.**

- ❖ V3.1. Que las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, junto a las penas, medidas de seguridad y la

reparación civil *ex delicto*, todas son consecuencias jurídicas del delito. Este indicador se analizará a través de la Doctrina.

Tanto la pena como la medida de seguridad tienen su base penológica, respondiendo a una lógica de represión-prevención, y la responsabilidad civil a un esquema de reparación-compensación. Las consecuencias accesorias en el Perú, han tenido autonomía legislativa a partir de la vigencia del Código Penal de 1991, bajo inspiraciones de los modelos español, brasileño y colombiano, y sigue siendo la cenicienta en la dogmática jurídico-penal, de modo tal que su análisis discursivo es todavía incipiente y confuso. Como hemos señalado líneas atrás, el ordenamiento penal peruano no sanciona directamente a las personas morales, sino que descansa en la responsabilidad individual, prueba de ello es, por un lado, la regulación de la fórmula del "actuar en nombre de otro" (artículo 27 del Código Penal), y por otro la regulación de las "consecuencias accesorias"<sup>52</sup>, concepto procedente del Derecho alemán, aplicadas a las personas jurídicas, ubicadas en el Título VI del Libro Primero del Código Penal, que aparece legislado conjuntamente con la reparación civil<sup>53</sup>. El codificador patrio fue consciente de que la criminalidad empresarial actúa por, para y a través de una persona jurídica. Si se utiliza al ente colectivo para "favorecer" o "encubrir" hechos delictivos, entonces, político-criminalmente resultaba lógico que se regulen ciertos instrumentos preventivos perfilados en el rubro de las consecuencias jurídicas provenientes del delito, para contener las ganancias económicas obtenidas de los ilícitos penales.

---

<sup>52</sup> CARO CORIA, Dino. La protección penal del ambiente, Lima, 2003, p. 158.

<sup>53</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Las consecuencias jurídicas del delito. Lima, 2000, p. 171.

Desde que la pena dejó de ser retribución para pasar a ser prevención (general o especial), resulta más fácil y coherente sancionar penalmente a la persona jurídica. Un sistema de sanciones que no solo contemple la pena de multa, sino también otras que, precisamente, impidan que las grandes empresas burlen a la multa (cuando la ganancia ilícita obtenida supera enormemente a la multa impuesta), como la disolución definitiva de la persona jurídica o la restricción de libertad para sus actividades. En esta lógica, por ejemplo, se entiende a las consecuencias accesorias aplicadas a las personas jurídicas.

Sin embargo, la eficacia preventiva de las consecuencias accesorias<sup>54</sup> enfrenta dos problemas cruciales, esto sin lugar a dudas respetando el principio *societas delinquere non potest*:

- a) En primer lugar, para la imposición de las consecuencias accesorias tiene que haber una persona natural determinada en el seno de una empresa, que haya sido imputada y juzgada a través de un procedimiento penal, y luego condenada por un hecho punible predeterminado en la ley, con la salvedad que no se necesitará que la pena sea de cumplimiento efectivo sino que puede ser suspendida, por algo es "accesoria". En tal sentido, la comisión de un delito económico o cualquier otro delito quedaría sin consecuencias accesorias si no se puede imponer la pena a la persona natural, sea cual fuere el motivo (por ejemplo, falta de pruebas).

---

<sup>54</sup> ROXIN, Claus. Dogmática penal y política criminal. Lima, 1998, p. 462.



- b) En segundo lugar, quedará a la libre decisión del juzgador en el momento de la sentencia, después de una estricta determinación y graduación de la aplicación de las medidas accesorias, desde que su regulación legal esta prevista en forma "facultativa" ("(...) el juez podrá aplicar (...)") y no en forma imperativa.

En los artículos 102 y 103 se legisla sobre el comiso de los efectos e instrumentos del delito, y en los artículos 104 y 105 se legisla la privación de beneficios obtenidos por personas jurídicas. Además se legisla todo un catálogo de supuestos para quienes se favorecen o encubran la comisión de delitos en el marco de una persona jurídica respectivamente. En definitiva, la figura de las consecuencias accesorias pretende encubrir con soluciones gramaticales un problema de fondo material, cual es si se responsabiliza o no penalmente a los entes colectivos.

Las consecuencias accesorias tal como están incorporadas en la legislación peruana, son distintas en naturaleza, contenido y alcance a aquella accesoriedad que se aplica a las penas asignadas en el catálogo del artículo 28 del Código Penal. De manera que en algunas ocasiones la imposición de una medida represiva principal como la pena privativa de libertad por más leve que sea, acarreará también una pena complementaria, que estará supeditada al grado de complejidad que revista el hecho punible y la calidad que ostente el autor (por ejemplo, el artículo 37 del Código Penal prescribe: "la pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria", como la inhabilitación a un funcionario

público, cumpliendo ambas la misma finalidad punitiva. En cambio, las consecuencias accesorias responden a un razonamiento de suplementariedad para la prevención de la criminalidad empresarial (y de la criminalidad contra la Administración Pública), que no buscan sino evitar la utilización reiterada de un instrumento del delito (la persona jurídica) así como el saneamiento del patrimonio del delincuente que hallado responsable penal, pretende escapar al control de la Ley.

Por otro lado, una de las cuestiones más debatidas es la naturaleza jurídica de estas "consecuencias": En tal sentido, en la doctrina se pueden encontrar hasta tres posturas: En primer término, están los que sostienen que son de naturaleza puramente penal<sup>55</sup>. En segundo lugar, se ubican quienes apuntan que la sanción debe hacer frente a la especial forma de peligrosidad de los entes colectivos expresada en la continuidad delictiva y los efectos que ella haya generado en un caso concreto, lo cual se correspondería adecuadamente con la aplicación de una medida de seguridad<sup>56</sup>. En puridad, esta posición no tiene asidero actualmente porque las medidas de seguridad presuponen la realización de un injusto penal, y como las personas jurídicas no tienen capacidad delictiva, en su defecto serían entonces predelictuales y por ende inconstitucionales.

En tercer lugar están los que consideran que poseen una naturaleza especial. El Código Penal peruano no las incluye dentro del catálogo de penas

---

<sup>55</sup>SAN MARTIN CASTRO, Cesar. "Delito socio-económico y proceso penal: el derecho procesal penal económico". En: *Advocatus*. N° 4, 2001. p. 293.

<sup>56</sup>GARCÍA ARAN, Mercedes. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: Martínez-Bujan Pérez (dir.), Valeije Alvarez y Faraldo Cabana (coord.) / Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal económico. La Coruña, 1998, p. 48.

reguladas en el Título III, Capítulo I (artículo 28), ni tampoco dentro del Título IV correspondientes a las clases de medidas de seguridad (artículo 71), sino más bien las ubica en un capítulo autónomo<sup>57</sup>. Así, según Caro Coria las medidas accesorias están fundadas en la "peligrosidad objetiva de la cosa"<sup>58</sup>, por lo cual debe elaborarse una teoría de la imputación objetiva propia de las personas jurídicas. Asimismo "(...) debe entenderse que la medida accesoria depende de una prognosis de que la agrupación podrá seguir siendo utilizada delictivamente, por defecto de organización o deficiente administración de riesgo. Si dicho pronóstico se desvanece debe cesar entonces la medida". Agrega este autor que si el fundamento de las consecuencias accesorias deriva de la peligrosidad de la cosa, podrá admitirse su extensión inclusive para las agrupaciones carentes de personalidad jurídica.

Para una futura reforma en el Anteproyecto de Ley de la Parte General del Código Penal peruano (2004) en el punto 44 referente a las "consecuencias accesorias" aplicables a las personas jurídicas, la Comisión Revisora consideró mantener el texto del artículo 105 del actual Código Penal.

#### **3.1.4.-Variable V3 – Variable V3.2**

##### **Las consecuencias accesorias aplicables a las personas**

<sup>57</sup>CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Lima, 2001, p. 274

<sup>58</sup>CARO CORIA. "La responsabilidad de la propia persona jurídica en el Derecho Penal peruano e Iberoamericano", p. 535.

**jurídicas.**

- ❖ V3.2. Que las consecuencias accesorias se aplican cuando el hecho punible haya sido cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica, o se haya utilizado su organización para favorecerlo o encubrirlo. Este indicador se analizará a través de la Doctrina, y el artículo 105 del Código Penal.

Para la aplicabilidad de artículo 105 del Código Penal, se necesita que el hecho punible haya sido cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica o, haber utilizado su organización para favorecerlo o encubrirlo. Acá se discuten dos opciones opuestas. En la primera se alude a que la conducta sea realizada dentro de los cauces de los estatutos organizativos de la empresa y dentro de su objeto social de trabajo. En ese sentido, si se realiza fuera de estos, no se habrá desarrollado propiamente una actividad empresarial como exige el artículo 105 del Código Penal.

En la segunda opción, en cambio, se pregona que es irrelevante si se actúa al amparo de sus estatutos<sup>59</sup>. Meini Mendez apunta que debe entenderse por “actividad de la persona jurídica”: “(...) todas aquellas conductas que materialmente han sido realizadas en ejercicio de la actividad de la empresa, esto es, que el sujeto activo se haya valido de las posibilidades que tiene la persona

---

<sup>59</sup>MEINE MÉNDEZ. Ob.cit., p. 200.

jurídica de participar en el mercado y por ende de delinquir; posibilidades que no dependen de su regulación estatutaria sino de la trascendencia de la empresa y su ubicación en el mercado".

Una de las cuestiones importantes es a quienes se les imputará la conducta realizada en el marco de una persona jurídica. Así, una primera interpretación pasaría por entender que el autor de un delito empresarial deba encontrarse al interior de la empresa para favorecerlo o encubrirlo. En consecuencia, la imputación tendría que darse solo y a partir de quienes se encuentren en esa posición. En este sentido, la responsabilidad de las personas jurídicas tendrá que fundamentarse en su participación o colaboración en la actuación delictiva de la persona natural en el hecho delictivo. Esta colaboración puede concretarse en una decisión puntual tomada en sus órganos sociales o en su fundación con la elaboración de unos estatutos sociales flexibles en los controles y falta de transparencia en la toma de decisiones. Comprobada esta participación o colaboración, será necesario establecer una relación determinada de adecuación entre esa colaboración y el actuar injusto de la persona natural.

Sin embargo, nuestra ley sustantiva guarda silencio en este punto, de manera que también cabría la posibilidad lícita de considerar que cualquier persona que no tenga una vinculación directa con la empresa (que no ostente ningún cargo ejecutivo de dirección ni de representación en el seno de ella) sería responsable, además y al mismo tiempo de las medidas del artículo 105 Código

---

Penal, sin perjuicio de la responsabilidad penal que recaerá sobre los representantes de la empresa por infringir su deber de garante, siempre que hayan omitido tomar las medidas de cuidado necesarias y que hayan podido hacerlo.

La naturaleza ampliamente conocida del Derecho Penal como "Ultima ratio" tiene sentido no solamente en la criminalización primaria de hechos punibles encomendada al legislador, sino también en la práctica forense, donde es atribución del Juez o del Tribunal aplicar este criterio. Es decir, en su carácter sancionatorio debe recurrirse a todas aquellas alternativas menos gravosas que estatuye la ley. En ese sentido, como el cierre ya sea temporal o definitivo de los locales o establecimientos de las personas tienen un efecto sumamente lesivo a los intereses de la misma, su imposición no debe ser prioritaria, sino subsidiaria. Se entiende que serán aquellos locales donde se haya gestado y desarrollado la actividad delictiva y no otros ambientes pertenecientes a la misma persona jurídica.

Pues, como se sabe, la aplicación de las medidas accesorias tendrá una percusión inevitable tanto en los demás socios y accionistas de la empresa afectada, como en los trabajadores, quienes a pesar de no haber participado directa ni indirectamente en la comisión de los ilícitos penales, serán privados de importantes derechos constitucionalmente reconocidos. Por esta razón, las consecuencias accesorias no parecen satisfacer del todo a los alcances de las sanciones penales en función del principio de intrascendencia de la pena. Se trata

de la transferencia de los costos económicos de las posibles sanciones a los accionistas, a los trabajadores o al público, que son terceros respecto de la comisión del delito, aunque deben soportar sus consecuencias<sup>60</sup>. En todo caso, debe tenerse en consideración el principio de proporcionalidad en la aplicación de esta medida.

### **3.1.5.-Variable V4 – Variable V4.1**

#### **La delegación de funciones.**

- ❖ V4.1. Que la división del trabajo, actualmente, conduce a una irresponsabilidad penal individual. Este indicador se analizará a través de la Doctrina.

El principio de división de trabajo se muestra en la actualidad como una necesidad impostergable en el ejercicio de cualquier actividad de la vida en relación, de tal modo que cada miembro, de acuerdo a su competencia, colabora en la obtención de los fines comunes. En la actividad empresarial, como todo proceso productivo, dicha división puede ser vertical u horizontal. La primera supone una relación de especialidad y de complementariedad, en la que cada sujeto realiza una aportación necesaria en el contexto del plan común de la institución. La segunda implica la existencia de sujetos regidos bajo el principio de

---

<sup>60</sup>VIRGOLINI, Julio E. S. Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción. Buenos Aires, 2004, p. 135.

jerarquización dentro de sus respectivas actividades, las aportaciones están sometidas a una común dirección, que pueden ser aceptadas o rechazadas.

Empero, esta situación es fuente de problemas en orden a establecer la competencia y responsabilidad de cada uno de sus componentes del ente colectivo. Más aun cuando es característico del capitalismo moderno (como consecuencia del mercado liberal sumamente exigente), la concentración de grandes capitales a través de fusiones y absorciones de empresas que operan en distintos países, a estos usualmente se les llaman: “grupos de empresas”, “conglomerados económicos”, “holdings”, donde el proceso de producción, distribución y comercialización se realiza en diferentes empresas, habiendo normalmente una “madre” y “filiales”, aunque cada una mantiene su propia personería jurídica.

Así, entonces, el proceso de la conducta descrita en el tipo penal sufre irremediablemente una especie de escisión de sus elementos, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo. Cada sujeto realiza una parte descrita del tipo penal correspondiente de tal manera que la consumación del ilícito penal aparece como el resultado de la suma de una pluralidad de acciones u omisiones que efectúan individualmente diversos miembros de la empresa que cumplen distintos roles, como consecuencia del principio de división de trabajo. Esta complejidad de la moderna empresa en una sociedad reinada por el mercado globalizado, trae como consecuencia que actualmente la división de trabajo no se realice desde una perspectiva vertical y horizontal, como tradicionalmente lo había sido, sino que se



organice en redes multidireccionales, la mayoría de las veces vinculadas a una gran empresa, donde las estructuras son altamente descentralizadas y muy flexibles de acuerdo a la flexibilidad de los mercados.

Esta forma de organización conduce sencillamente, en un contexto de imputación (penal) individual, a una "organizada irresponsabilidad" <sup>61</sup>, es decir, cuando resulta imposible probar la responsabilidad de alguna persona. La disociación entre las personas que actúan y el sujeto de imputación que caracteriza a la persona jurídica se resuelve en el Derecho privado con la teoría de la representación, según la cual las actuaciones que realiza su representante vinculan a la persona jurídica como sujeto de responsabilidad. En cambio, en el ámbito de Derecho Penal, por imposición del principio de responsabilidad personal, de imputación subjetiva (a título de dolo y culpa), el representante responderá si él personalmente realiza el delito con conciencia y voluntad o con negligencia punible. Esta característica de escisión entre acción y responsabilidad en la empresa moderna provoca en muchas ocasiones que el órgano que actúa y realiza un hecho relevante penalmente no sea, sin embargo, responsable<sup>62</sup>. En consecuencia, en el seno de la organización puede producirse una irresponsabilidad individual de carácter estructural, a lo que se agregan los temibles procedimientos de encubrimiento, la inducción al error para generar las

---

<sup>61</sup>MALAMUD GOTI, Jaime. *Política criminal de la empresa. Cuestiones-Alternativas*. Buenos Aires, 1983, p. 26 y ss.

<sup>62</sup>GRACIA MARTIN, Luis. "Instrumentos de imputación jurídica penal en la criminalidad de empresa y reforma penal". En: *Actualidad Penal*. N°s 16-19, 1993, p. 223.

famosas lagunas de competencia que reinan al interior de toda empresa. Empero, lo destacable en el ámbito de la división de trabajo funcional es que las responsabilidades (penales) se comparten mediante el concepto de “delegación de funciones” que vendría a ser una materia “olvidada” en la dogmática penal.

### **3.1.6.-Variable V4 – Variable V4.2**

#### **La delegación de funciones.**

- ❖ V4.2. Que la delegación de funciones es la transmisión de responsabilidades del órgano directivo delegante, tanto material como personal, de la vigilancia y el control de la empresa, a otra persona que es el delegado. Este indicador se analizará a través de la Doctrina.

La delegación de funciones, propia de la división de trabajo en forma vertical, es una modalidad en el ejercicio de los deberes objetivos de garantía del órgano directivo. Esto puede sustentarse en dos sentidos: así desde un punto de vista empresarial, es una figura esencial e indispensable en el desenvolvimiento de cualquier actividad económica donde se multipliquen y diversifiquen las tareas a causa de la división interna de trabajo; y desde el punto de vista penal, posibilita, entre otras cosas, la generación de una nueva posición de garantía, que transforma el contenido del deber de garantía original, y explica por qué y en qué medida debe responder el titular de la empresa por el comportamiento delictivo de su subordinado.

En tal línea, la delegación es el resultado de la transmisión de responsabilidades del órgano directivo delegante tanto material como personal de la vigilancia y el control de la empresa a otra persona que es el delegado. Por lo tanto, no solo se delega las actividades mecánicas sino también los propios deberes de vigilancia, siempre que dicha delegación vaya acompañada de la dotación del necesario dominio<sup>63</sup>. Ello obedece también a una confluencia de selección y aceptación del sujeto-delegado con el ámbito de dominio que recibe. En consecuencia, desde el momento en que se ejerce libre y voluntariamente el deber de delegación, se asume automáticamente una responsabilidad especial, de manera que la vulneración a dicho deber específico en el ámbito de los delitos económicos supondrá también la imputación a título de omisión impropia por el resultado, si concurren, claro está, los demás requisitos objetivos y subjetivos.

Es preciso advertir que el delegante no queda eximido o liberado de toda responsabilidad por el hecho de transmitir sus funciones, sino que conserva bajo cualquier circunstancia una especie de “competencia residual” por el hecho de poseer el deber de garantía a título original o primario que le permitirá conservar las atribuciones correctivas y sustitutivas sobre el delegado si este incumple su deber jurídico. Puede entenderse que aquel sobre el cual pesa la obligación de actuar habrá que ser tenido como el responsable del resultado injusto que no impidió, por lo que de nada valen las “delegaciones” que él quiera hacer en otro de su citada obligación. De otro lado, es evidente que una de las cuestiones más

importantes y difíciles que enfrenta los deberes a través de delegación sea quizá el deber de vigilancia o supervisión. En ese sentido, habrá que situarse en un término neutral o medio para que no pueda convertirse la delegación en un dominio mediano, o quede desvanecida totalmente en la práctica la posición de garantía del delegante.

Por eso, cuanto mayor sea el riesgo que se pretende controlar y más difícil sea de controlarlo, más intensa habrá de ser la supervisión del delegante. No se trata desde luego, que aumenten de manera exagerada las competencias de control de los directivos sobre sus dependientes. Ante esta situación, la solución tiene que ir necesariamente por un camino intermedio, esto es, por negar una liberación de responsabilidad de los directivos delegantes, pero sin extender todas las competencias de organización al dominio del ámbito de organización del delegante.

MILITELLO<sup>64</sup> observa que una de las cuestiones a resolver en el ámbito de la delegación, aparte de si esta puede generar eficacia eximente de la responsabilidad, es si el encargo debe ser efectuado por sujetos competentes, en condiciones de intervenir adecuadamente en cuanto a los factores de la posible verificación del ilícito. Siguiendo en esta línea de argumentación, SILVA

---

<sup>63</sup>LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. "Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario". En: Derecho Penal Económico y de la Empresa (comp. Julio Mazuelos), Lima. 1996, p. 228.

<sup>64</sup>MILITELLO, Vincenzo. "La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia". Traducida por Carla Prestigiacomo. En: SILVA SÁNCHEZ / SCHUNEMANN / DE FIGUEIREDO DIAS. Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. Barcelona, 1995, p. 423.

SÁNCHEZ<sup>65</sup> enseña que el delegante ostenta la competencia de selección del delegado, la de vigilancia y supervisión de su actuación; la de información y formación; la de dotación de medios económicos y materiales; la de organización y coordinación de la actuación armónica de los delegados; etcétera.

Otra cuestión relevante es la calificación a título de autoría y no de participación por omisión impropia directamente al órgano directivo delegante que vulnera, ya sea dolosa o culposamente, su deber de intervención o incluso su deber de vigilancia siempre que con dicha vulneración ocasione un hecho delictivo que está bajo el dominio del delegado. Piénsese, por ejemplo, en el caso de aquel que es un obligado-omitente y no impide que se siga contaminando a la atmósfera o no tome una decisión para eliminar los desechos que arroja su empresa. De lo anterior se desprende que existe en el ámbito de las delegaciones circunscritas en la criminalidad económica (como en toda posición de garantía en general) una inseparabilidad intrínseca entre el deber de neutralizar los peligros existentes todavía irrelevantes penalmente y el deber de evitar que los mismos no conlleven la presencia de infracciones penales.

No todas las personas que se encuentran de manera vertical en la empresa tendrían un fragmento del deber de garantía. Eso sería afirmar que los obreros también serían pasibles de una responsabilidad omisiva impropia, desde que han recibido una delegación del jefe de personal, que a su vez la recibió del gerente general, que a su vez la recibió de la junta de administración de la empresa. En

---

<sup>65</sup>SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / SUÁREZ GONZALES, Carlos. **La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho Penal**. Lima. 2001. p. 19.

conclusión todos serían responsables por el delito de omisión, lo cual sería irracional. En definitiva, para que el titular de la empresa asuma una responsabilidad penal sobre la base de su posición de garante frente al bien jurídico, la delegación tendrá que ser formal referida a un acto de nombramiento o encargo por parte de quien tenga la facultad para ello, pero sobre todo que el acto de delegación de funciones tenga una cuota de materialidad.

### **3.1.7.-Variable V4 – Variable V4.3**

#### **La delegación de funciones.**

- ❖ V4.3. Que los deberes de delegación del órgano directivo de una empresa son seleccionar el personal idóneo, informarle la gestión que va a realizar, intervenir cuando sea necesario, y vigilar y supervisar al delegado. Este indicador se analizará a través de la Doctrina.

Todo titular del deber objetivo de garantía de un órgano directivo de una empresa tiene en primer lugar, un deber de selección, de elegir el personal idóneo para ejercer una determinada gestión. Evidentemente, el proceso de selección que realice el titular de la empresa (mediante sus órganos especializados) estará vigente durante todo el periodo en que se desempeñe el delegado, como consecuencia de su deber de vigilancia. De más está decir que la responsabilidad penal del delegante abarcará hasta donde sea materialmente previsible y

controlable -por imposición del principio de imputación subjetiva- la conducta del delegado.

La clasificación de la selección puede ser tanto de aquellas personas que van a asumir las funciones de dirección como funciones de subordinación. En Alemania, el artículo 130.2 OWiG prevé, en cuanto a las medidas de vigilancia necesarias, la "elección cuidadosa de las personas encargadas de la vigilancia así como su control". El deber de selección tiene relación con aquella institución llamada culpa *in eligendo* que es propia del Derecho mercantil, que se origina en la selección del personal idóneo, el cual debe utilizarse con sumo cuidado, ya que existe una enorme diferencia entre la responsabilidad mercantil con la penal.

En segundo lugar, tendrá el deber de informarle de toda la gestión que el delegado va a realizar, la información deberá manifestar que actividades específicas realizará el delegado, que marcará el límite de responsabilidad para el delegante. La pregunta en este caso sería si aquella obligación de información por parte del titular de la empresa debería constar en forma expresa (escrito) o simplemente tacita (verbal). Para fines directamente probatorios sería conveniente que adquiriera el carácter expreso, y en todo caso, lo cierto es que debería haber una permanente coordinación entre ambos. En tercer lugar, tendrá el deber de dotarlo de medios materiales y económicos para cumplir de la mejor manera su nueva tarea autoorganizativa. Los medios también pueden ser de carácter técnico (capacitación) y humano (personal idóneo).

En consecuencia, ante la carencia total o parcial de tales medios necesarios para hacer frente a los riesgos cognoscibles, el delegado solo tendrá responsabilidad hasta donde haya previsto el resultado. Sería discutido el caso que solo ante la ausencia de los recursos, el delegante pueda ser imputado por un delito de omisión impropia. El proveer de medios materiales y económicos tiene relación con un tema de funcionalidad u organización interna de la empresa más que de un tema propio de la responsabilidad penal. Existe también un deber de intervención, es decir, el deber de reasumir sus competencias de organización en caso que el delegado salga de la organización empresarial, se encuentre reconociblemente sobreexigido, o se muestre posteriormente como incompetente para el desempeño de las funciones delegadas.

Por último, el delegante tendrá un deber de vigilancia o supervisión hacia el delegado. La característica principal es que el delegante nunca pierde el deber de vigilancia, esa es su competencia residual, y a través de ella puede ser imputado y sancionado por un delito de omisión impropia, ya sea doloso o culposo. Los deberes de vigilancia respecto de delitos cometidos por terceras personas solo podrán ser del garante, en el sentido de los delitos impropios de omisión, quien tenga un dominio efectivo sobre las personas responsables mediante el poder de imponer órdenes de obediencia obligatoria<sup>66</sup>. Definitivamente esa será la vía hacia la punición del titular de la empresa. El deber de vigilancia se relaciona con aquel concepto del Derecho Mercantil que se llama culpa *in vigilando*, que se fundamenta en una responsabilidad objetiva, y que no significaría sino haber



omitido la obligación de fiscalizar adecuadamente a los subordinados de la persona jurídica, a instancias de la cual cometen ilícitos que terminen responsabilizándola; omisión esta que de no haberse producido hubiera evitado la consecuencia disvaliosa<sup>67</sup>.

Como puede verse, el deber de supervisión o vigilancia es una atribución intrínseca a la función de ser titular de la empresa, y como tal, no se pierde por el hecho de transferir funciones de selección, de información, y de dotarle de medios económicos y materiales. Ahora -como bien indica MEINI- la excepción al deber de vigilancia está dada por la no coincidencia entre el objeto de la delegación y el deber original, esto es, cuando la delegación verse sobre deberes de vigilancia y se haya otorgado al delegado la autonomía necesaria para el cumplimiento de la función delegada<sup>68</sup>. Sobre la delegación de funciones de vigilancia se ha pronunciado la jurisprudencia española en la STS núm. 635/94, de 27 de marzo de 1994, cuando señala que "no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante cuando la delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen

---

<sup>66</sup>BATISTA GONZALES, María Paz. "La responsabilidad penal de los Órganos de la empresa". En: Curso de Derecho Penal Económico. Madrid / Barcelona, 1998, p. 90.

<sup>67</sup>LIBSTER, Mauricio Héctor. Delitos ecológicos. Buenos Aires, 2000, p. 210.

<sup>68</sup>MEINI, Iván. Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados. Valencia, 2003, p. 382.

de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar”.

Si bien la delegación de funciones trae como consecuencia una extensión de responsabilidades en organizaciones complejas, también es cierto que debe limitarse, sobre todo para la concreción del deber de vigilancia del delegante. En consecuencia se puede argüir el principio de confianza a favor del delegante. El principio de confianza es una derivación de la división del trabajo, en virtud del cual los directivos de la empresa no tienen por qué conocer de las omisiones y negligencias de su personal delegado. Aquí habría que advertir algo: si bien entre el empresario y los técnicos existe una relación jerárquica, los conocimientos y capacidades no están distribuidos de manera equitativa: en muchos casos serán los técnicos quienes ostenten los conocimientos necesarios para cumplir con el deber de cuidado. De ahí se sigue que no hay deber de vigilancia al no tener el delegante -en este caso el empresario- los conocimientos necesarios para precisar si los técnicos están cumpliendo adecuadamente su trabajo o no.

A contrario sensu, cualquiera de las personas que conforman los niveles subalternos podrán argumentar que no pueden responder por los hechos delictuosos dolosos, aunque sea doloso-eventuales, de terceros que ocupan los niveles superiores de la empresa. Por otro lado, la delegación de funciones también es un tema que tiene relación con la formula del "actuar en lugar de otro", que específicamente en el caso peruano (artículo 27 del Código Penal) adquiere relevancia desde que exige una representación autorizada de la persona jurídica o de la sociedad. En consecuencia, para dar cobertura al delegante, este tendría

que haber sido investido con todas las formalidades estatutarias de cada empresa; ante la carencia de tal solemnidad, simplemente no podrá hablarse, según el sentido de la ley, de una autorizada delegación por parte del delegante - podría hablarse de una representación fáctica- y por ende, quedará fuera del tipo penal correspondiente.

En el Perú, la actuación del subordinado debido a una infracción de deberes de vigilancia se presenta en supuestos del “tercero civilmente responsable”, al que se le exige tanto la restitución del bien o del monto material del ilícito como el pago por los daños y perjuicios provenientes del delito<sup>69</sup>. El Código Civil, dentro de su regulación, prevé formas de responsabilidad de tipo extracontractual (artículos 1969 y 1970), que pueden ser tanto de forma dolosa como culposa por la causación de un daño, asimismo establece la responsabilidad civil por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa y por ser portador de una fuente de peligro proveniente de un bien riesgoso o peligroso. En el artículo 1981 del Código Civil peruano se regula una situación relacionada con las infracciones provenientes de deberes de vigilancia causada por un subordinado, fijándose así una responsabilidad civil del empresario u órgano de dirección o representación de la persona jurídica para aquellos casos de delitos dolosos o culposos cometidos por un subordinado en el marco de una actividad o servicio, estableciendo una responsabilidad solidaria del autor directo y el autor mediato por los daños ocasionados.

---

<sup>69</sup>MAZUELOS COELLO, Julio F. “La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del actuar en lugar de otro”. En: AA.VV. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima, 2002, p. 472.

Resulta interesante destacar que la responsabilidad del titular de la empresa por los hechos delictivos cometidos por sus empleados, es una temática -principalmente- del Derecho Administrativo sancionador, pero las consecuencias jurídicas pueden ser consideradas sanciones punitivas en sentido amplio. Véase para tal efecto la Ley de Contravenciones alemana - OWiG (artículo 130) y la Ley de Infracciones y Sanciones Administrativas de España-Ley 30/1992 de 26 de noviembre- también contemplada en el artículo 130. Es decir, se aplica una sanción administrativa a un sector de sujetos: los titulares de la unidad de producción o de la empresa, los altos directivos, los representantes legales, miembros de órganos de una persona jurídica y socios con derecho de representación de sociedades personalistas, así como los encargados de parte o toda la dirección de la empresa, que dolosa o culposamente, omitiesen adoptar las medidas de vigilancia necesarias para impedir la realización de infracciones conminadas con pena y vinculadas a la actividad de la empresa, si se acredita que la aplicación de la vigilancia debida hubiera evitado el delito o la falta correspondiente. Cabe aclarar que estos deberes que afectan "al titular como tal" se derivan, sin lugar a dudas, de los delitos especiales, los cuales se dirigen por ejemplo, al importador o exportador de una empresa.

La Ley de las Contravenciones posibilita imputar la culpa individual a los dirigentes de las empresas en los casos de "defecto de organización"; es decir, "cuando la agrupación como tal no responde a criterios suficientes para impedir la comisión de delitos", perspectivas que han tenido acogida en la doctrina alemana y española. A las personas jurídicas, al ser destinatarias de las normas de

conductas, puede exigírseles que se organicen contando con medidas de vigilancia y control oportunas, para evitar la comisión de delitos por parte de sus miembros. En el Perú, la ausencia de un precepto como el artículo 130 OWiG determina que la exigencia de un deber permanente de supervisión a cargo del titular, vincule a la totalidad de la actuación de la empresa y, por tanto, vacíe el contenido del instituto de delegación.

### **3.1.8.-Variable V5 – Variable V5.1**

#### **Hacia la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas.**

- ❖ V5.1. Que al establecer la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, su castigo debe satisfacer la necesidad de una penalidad mayor cuando menor sea la pena respecto a las personas físicas, siguiéndose una teoría general del delito para las propias personas jurídicas, y recibéndose influencias del Derecho Administrativo. Este indicador se analizará a través de la Doctrina.

El Código Penal Peruano reconoce la responsabilidad penal solo para las personas físicas o individuales, no para las empresas —o sociedades—; las cuales no están sujetas a sanción penal. A pesar de ello, en su artículo 27 ubica el instituto del “actuar en nombre de otro” a nivel imputativo; y en su artículo 105, las “consecuencias accesorias” en el ámbito de las consecuencias jurídicas derivadas

del hecho punible. Estos institutos, muy ligados concretamente al problema de la criminalidad de empresa, son más bien muestras palpables de la irresponsabilidad de dichos entes colectivos; de manera tal que, las personas jurídicas no ingresan al ámbito penal de manera "directa" o "principal" para su sancionabilidad, sino de una forma "accesoria" o "subsidiaria" en la medida en que pueda haber una persona física previamente responsable ubicada en el seno de una empresa.

Es decir, que la irresponsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito *juridico-penal*, no implica necesariamente que éstas no estén sujetas a medidas preventivas y a las responsabilidades civiles.

Sin embargo, es cierto que actualmente en un sistema penal que niegue la capacidad penal a los entes colectivos, el nivel de efectividad sancionatoria se reduce ostensiblemente, ya que implicaría una impunidad a los auténticos responsables que actuaron a favor de la persona jurídica. Por tal motivo, afirmar la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas no significa que deba quedar perennizada en el tiempo y no pueda ser sometida a revisión, y por qué no, a una ulterior derogación, si existe una seria y responsable decisión política, legislativa y científica al respecto. Así como se han construido otros modelos en los cuales se

puede explicar la reacción penal exclusiva para imputables, inimputables, adultos o menores, no existiría razón que impida la creación de un modelo punitivo aplicable a las personas jurídicas, más aún cuando cada día las crecientes necesidades de orden político-criminal que tienen su base empírica (los perjuicios irreparables, las dificultades probatorias, la aptitud criminal del grupo, etc.) así lo exigen.

En efecto, a partir de los ejemplos demostrativos de algunos países, que desde sus orígenes se consideraron -y se consideran- romano-germánico y de corte eurocontinental, hoy es inevitable recepcionar en países latinoamericanos la responsabilidad penal en forma directa de la persona jurídica. La preocupación, además de si estos entes colectivos necesitan ser sancionados penalmente, ahora debe centrarse en saber ¿cómo y en qué medida lo hacemos?. A nivel doctrinario ya pueden verse algunos intentos loables que apuntan a esta dirección: la "culpabilidad de organización" o por defecto de organización que es asimilable estructuralmente a la *actio libera in causa* (TIEDEMANN); las "acciones de la agrupación", donde la persona jurídica actúa externamente por medio de la persona humana, o sea, a través de sus órganos (HIRSCH); aquella postura que asimila "psique" y "cuerpo" de la persona humana con "estatutos" y "órganos" de la persona jurídica (JAKOBS); o la que postula la conformación de un "tipo asociado" (MARXEN); la "coautoría" de la persona jurídica (MUÑOZ CONDE); que la persona jurídica tiene "acción institucional" (BAIGÚN); entre otros planteamientos.

También a nivel legislativo se ha avanzado, creándose en algunos países del Derecho eurocontinental -como hemos visto- una responsabilidad penal directa de las personas jurídicas al estilo anglosajón; y en aquellos países donde todavía se conserva el principio *societas delinquere non potest* se ha creado positivamente una responsabilidad "penal" accesoria según el modelo español denominado "consecuencias accesorias". Pero, aunque la tendencia apunta claramente hacia la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, no parece que se haya alcanzado todavía un consenso suficiente al respecto<sup>70</sup>. Por ejemplo, el trasplante de conceptos de la responsabilidad civil (o societaria) a la responsabilidad penal debe rechazarse. Así, en el Derecho de sociedades lo que interesa son las competencias abstractas, independientes del hecho, para sobre la base de ello establecer una responsabilidad civil, inclusive una responsabilidad objetiva como puede ser la pretensión indemnizatoria. En cambio, en el Derecho Penal hay que aplicar criterios referidos al hecho y a la situación de acción mirando la culpabilidad individual del agente.

En todo caso lo ideal sería crear un sistema de imputación penal de corte dogmático paralelo al sistema de imputación para las personas físicas. Es decir, parece que no resulta suficiente la creación solamente de un catálogo de penas teniendo como destinatarios directamente a las personas jurídicas. Decir que respecto a este "gran" imputado o "gran" condenado, el castigo debe satisfacer la necesidad de una penalidad mayor cuando menor se asienta la eficacia de la pena respecto a las personas físicas, es resolver parcialmente el problema de la

---

<sup>70</sup>SILVA SANCHEZ, Jesús-María. "Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el



responsabilidad penal de las personas jurídicas. Eso sería una respuesta político-criminal eficaz" (como la propiciada por las corrientes positivista criminológicas de corte organicista, defensa de la ecología, desarrollo del Derecho económico, represión contra el crimen organizado: narcotráfico, lavado de dinero, mafia, corrupción pública), pero que no atiende previamente a la herramienta que posibilita la aplicación de las leyes de manera certera y coherente: la dogmática jurídico-penal. Solo hemos creado penas y consecuencias jurídicas y no programas de imputación para imponer esas consecuencias jurídicas. Este camino de responsabilidad representa un "atajo" para salvar situaciones impunes ante la parquedad e insuficiencia de categorías dogmáticas para las propias personas jurídicas. Hace falta, en la medida de lo posible, una teoría general del delito para las propias personas jurídicas. Una vez hecho esto, es preciso establecer, entre otras cosas, si una persona jurídica puede ser imputada de todos los delitos o solo de algunos. La tendencia es presentada preferentemente en relación con los delitos económicos o al menos de contenido patrimonial, pero nada impide que actos realizados en beneficio de una sociedad, lesionen o pongan en peligro otros bienes jurídicos, como sucede por ejemplo con empresas productoras de alimentos, laboratorios, o inclusive entidades que se dedican a la industria de la construcción<sup>71</sup>.

La opción político-criminal -que no es del todo negativa- en el ámbito de los delitos económicos es más eficaz si la respuesta "punitiva" se dirige tanto a la

---

medio ambiente". En: CDPJ, 4-5, 1997, p. 143.

<sup>71</sup>RIGHI, Esteban. *Antecedentes, evolución y perspectivas del Derecho Penal económico latinoamericano*. Tesis Doctoral, Universidad de Buenos Aires, 1990, p. 294.

persona física como a la persona jurídica, evitando el inconveniente de condicionar la imposición de la pena a la persona jurídica, a la previa averiguación y sanción de la persona física autora del delito, lo que en muchas ocasiones, por la complejidad de la división de tareas, no se puede individualizar realmente. En otras palabras, de lo que se trata es de crear –ya no solo político-criminal sino dogmáticamente- que el comportamiento de los entes colectivos, con todas sus peculiaridades, sea subsumible directamente bajo las prescripciones de la Parte Especial de los códigos penales, sin intermediarios y sin que la necesidad de imputación individual constituya un estorbo.

En suma, todo dependerá también del concepto de responsabilidad penal (y del sujeto) que se esté manejando para acceder a tal pretensión. Quizá un normativista puro no tendría mayores problemas técnicos para imputar la responsabilidad penal a una persona jurídica, como sí quizá los tendría un finalista clásico.

El legislador de los países que ya prevén la responsabilidad directa de las personas jurídicas -ante la retórica de los juristas- no se complicó y optó por el camino que hacen la mayoría de legisladores cuando quieren solucionar un conflicto social a través del Derecho Penal: “creando y agravando penas”. En suma, la gran pregunta que debemos hacernos es si en aquellos países de base románico-germánico el principio de *societas delinquere non potest* entraña un reconocimiento ontológico o legal. La tendencia en el mundo va indicando que el mantenimiento del principio *societas delinquere non potest* no entraña un reconocimiento ontológico, sino simplemente de un valor político-legislativo, que

puede variar según las necesidades político-criminales imperantes, y de acuerdo a la concepción que el jurista tenga en relación con la teoría general del delito. Se demuestra actualmente que el legislador no siempre puede verse vinculado a aquellas categorías ontológicas, como estructuras lógico-objetivas, pues un concepto jurídico -funcional no puede decir que el dolo, como conocimiento y voluntad, es un concepto netamente psicológico de la persona natural.

Existe un supuesto factico que hay que controlar: que las personas jurídicas dejen de servir como instrumento para eludir responsabilidades penales, o dicho de otro modo, que los comportamientos típicos penalmente no queden impunes al amparo de la estructura de la persona jurídica. Pero tampoco se trata que el avance del Derecho Penal en su adecuación a los nuevos sujetos colectivos no puede convertirse en un retroceso para los conceptos propios de la responsabilidad penal individual, que no debería admitir matizaciones ni readecuaciones de sus tradicionales límites subjetivos y garantizadores, ante el embate de los argumentos de la eficacia<sup>72</sup>.

Habrà que advertir las influencias recíprocas entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Por ejemplo, este último se esfuerza por incorporar criterios subjetivistas en la imposición de sus sanciones, superando así su tradicional criterio objetivo, importando los principios y garantías del Derecho Penal, especialmente el principio de culpabilidad y reformulándolo para la responsabilidad administrativa. Por el contrario, el Derecho Penal en la

responsabilidad de las personas jurídicas se esfuerza por quitarse el manto subjetivista y opta definitivamente por un programa de imputación de corte objetivo, más ligado al Derecho Civil-Derecho Administrativo Tradicional.

En concreto: el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas, al parecer, ha ido deslizándose desde una responsabilidad exclusivamente del Derecho Administrativo y del Derecho Civil hacia una responsabilidad "intermedia" dominada bajo las reglas de Derecho Administrativo-sancionador, que en la práctica es más parecido a un Derecho represivo propio del Derecho Penal. Actualmente, se intenta sostener -argumentativa y legislativamente- una responsabilidad netamente del Derecho Penal de las personas jurídicas. El problema está en desentrañar si es verdaderamente una responsabilidad jurídico-penal lo que se aplica a las personas jurídicas, o es simplemente una extensión más de la responsabilidad administrativa-sancionadora con influencia casi directa del Derecho Civil y por tanto objetiva.

Por otro lado, la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es en realidad un problema de la idea del sujeto que se tenga para el Derecho Penal. Entonces, debe tenerse en consideración que la idea del sujeto del Derecho Penal ha evolucionado en forma paralela a los cambios de fundamentación de las categorías de la teoría del delito<sup>73</sup>. Así por ejemplo, el

---

<sup>72</sup>GARCÍA ARAN. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". Ob. Cit., p. 56.

<sup>73</sup>BACIGALUPO, Cristina. "¿Crisis de la filosofía del sujeto individual? -Un problema sobre el sujeto del Derecho Penal-". En: El Derecho Penal español de fin de siglo y el Derecho Penal latinoamericano. Homenaje a Enrique Bacigalupo, 1999, p. 47.

sujeto del Derecho Penal para los hegelianos era un sujeto individual éticamente responsable. En cambio, para la dogmática de la prevención especial de Von Liszt, el sujeto de Derecho Penal ya no es solo quien tiene una responsabilidad ética, sino también el autor no responsable (pero peligroso). Jakobs también ha advertido que la teoría de la acción es, en verdad, una teoría del sujeto del Derecho Penal en sentido diferente a la teoría de la acción causal y final. En suma, señala Silvina Bacigalupo: "El sujeto no es una cuestión obvia, sino que requiere una determinación conceptual que depende del punto de vista hermenéutico y pre jurídico sin el cual no es posible ninguna construcción dogmática. Por lo tanto, el concepto de sujeto es una construcción hermenéutica que aparece como un preconcepto de toda elaboración dogmático-jurídica".

Roxin afirma que "(...) en el futuro las sanciones a los entes colectivos jugarán un gran papel. Pues las formas sociales dañosas de la criminalidad económica, y también ambiental, tienen su origen en las empresas grandes y poderosas"<sup>74</sup>. Por ello, si bien en el Perú no se reconoce estrictamente la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, por ejemplo, solo se procesa judicialmente a los "empresarios" de televisión y no a la "empresa" de televisión; ello no obsta a que se pase por alto a aquellas entidades colectivas que sirvieron de medio para la comisión de delitos. Al menos en este extremo, se debe reflexionar críticamente. Aunque, como dice San Martín Castro, tiene que tenerse por superada, por lo menos en principio, toda oposición radical a una respuesta penal contra las propias personas jurídicas<sup>75</sup>. Por eso los países que ya admiten la

---

<sup>74</sup>ROXIN, Claus. "El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo". Traducción de Manuel Abanto Vásquez. En: Dogmática penal y política criminal. Lima, 1998, p. 462.

<sup>75</sup>SAN MARTÍN CASTRO, César. "Delito socio-económico y proceso penal: el Derecho Procesal Penal

plena responsabilidad penal de las personas jurídicas pueden ayudarnos a encontrar las bases de este nuevo edificio dogmático que, ciertamente, no será el mismo que el de la dogmática penal de la persona física, pero que será necesariamente construido de forma paralela.

Finalmente, las cuestiones hoy de urgente respuesta, siguiendo a Bajo Fernández<sup>76</sup>, son: 1) Si la responsabilidad (penal) de las personas jurídicas debe ser directa -lo que algunas legislaciones niegan- o derivadas de la que se imponga a las personas físicas. 2) Para el caso en que la responsabilidad de las personas jurídicas sea derivada, secundaria o subsidiaria de la de su órgano, que clase de vinculación debe darse entre la persona física que comete el hecho y la persona jurídica. Debe examinarse si la vinculación descrita en Alemania, España y Portugal en la regulación de la “actuación en nombre de otro” es suficiente. 3) Si la sanción a la persona jurídica es compatible -como ocurre en Derecho francés- o no con la impuesta a su órgano de dirección. 4) Cómo ha de conciliarse la responsabilidad de las personas jurídicas con los principios de culpabilidad y personalidad de las penas. 5) Las respuestas a diversas cuestiones político-criminales.

### **3.1.9.- Variable V6 – Variable V6.1**

#### **El delito de uso de documento falso en la contratación pública.**

---

Económico”. En: *Advocatus*. Nº 4, 2001, p. 290.

<sup>76</sup>BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Hacia un nuevo Derecho Penal: el de las personas jurídicas”. En: *CD y JP*. Nº 9, 1999, p. 122.

- ❖ V6.1. Que el delito de uso de documento falso o la falsedad de uso se da cuando el agente utiliza dolosamente un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, ocasionando algún perjuicio. Este indicador se analizará a través de la Doctrina, y el artículo 427 del Código Penal.

Este tipo penal se encuentra previsto por el segundo párrafo del artículo 427° del Código Penal que sanciona la conducta del agente que hace uso de un documento falso o falsificado como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, entendiéndose que usa un documento el agente cuando pretende emplear, utilizar el documento falso o falsificado como si fuese legítimo, para los mismos fines que hubiera destinado de ser un documento auténtico.

Para que se configure el delito materia de la imputación, no sólo se requiere la concurrencia en el caso concreto de los elementos objetivos requeridos por el tipo, es decir, que el documento que usa el sujeto activo sea falso y que generalmente ha sido elaborado en otro momento consumativo –en general por el mismo sujeto–, sino que se requiere la concurrencia del elemento subjetivo consistente en el dolo, el conocimiento por parte del agente que el documento es falso, así como la voluntad de usarlo a pesar de ello, ya que este delito sólo es posible de ser cometido a título de dolo.

Asimismo, en la falsedad de uso se requiere la actuación de un perjuicio o la posibilidad de causar perjuicio, ya que si del uso no se deriva el perjuicio o su posibilidad, la conducta es atípica, no existe delito alguno y como ha precisado la doctrina nacional, dicha posibilidad debe tener además como origen o causa directa, el uso del documento que debe conectarse con la acción de falsedad prevista por el primer párrafo del mismo artículo 427º del Código Penal

Por lo tanto, respecto al delito de uso de documento falso previsto en el último párrafo del artículo 427 del Código Penal, se requiere en su elemento objetivo que el agente haga uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio; y, en su elemento subjetivo requiere la concurrencia del dolo.

En tal sentido, los elementos que configuran dicho delito son: a) usar de una u otra forma documento falso; b) actuar a sabiendas y con conocimiento de esa falsedad en la que no debe haber intervenido antes; y c) que de uso se obtenga cualquier tipo de ventaja, utilidad o rendimiento, propios o ajenos, en perjuicio de terceros.

### **3.1.10.-Variable V6 – Variable V6.2**

**El delito de uso de documento falso en la contratación pública.**

❖ V6.2. Que la falsedad de uso en un proceso de contratación



pública vulnera administrativamente el principio de presunción de veracidad, por lo que generaría responsabilidad penal directa en la persona jurídica presentante. Este indicador se analizará a través de la Doctrina, y el artículo 42 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

En un proceso de contratación pública se vulnera el principio de veracidad si un postor presenta en su propuesta técnica documentos falsos. Esto por qué el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar<sup>77</sup> y el artículo 42<sup>78</sup> de la de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), consagran el principio de presunción de veracidad de los documentos y declaraciones juradas presentadas por los particulares durante un procedimiento administrativo. Ello implica que, en todo procedimiento administrativo, debe presumirse que los documentos presentados y las declaraciones formuladas por los administrados se encuentran conforme a lo prescrito por ley y responden a la verdad de los hechos que afirman.

No obstante, la presunción de veracidad no tiene un carácter absoluto, toda vez que conforme a las normas citadas la sola existencia de una prueba en contra de lo afirmado en las declaraciones juradas o de lo indicado en los documentos

---

<sup>77</sup>Numeral 1.7 del Artículo IV del Título Preliminar: “*Principio de presunción de veracidad: En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario*”.

<sup>78</sup>Artículo 42° de la LPAG:

“42.1 Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario...”.

presentados, obliga a la administración pública a apartarse de la referida presunción.

De otro lado, como contrapeso al principio de presunción de veracidad, el numeral 1.16 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG establece la vigencia del principio de controles posteriores<sup>79</sup>, según el cual, las Entidades deben privilegiar las técnicas de control posterior, en lugar de las técnicas de control preventivo, en los procedimientos que se desarrollan bajo su competencia. En tal sentido, la Administración tiene el derecho de comprobar, más adelante, la veracidad de los documentos presentados por los administrados en los procedimientos.

Asimismo, el artículo 32° de la LPAG establece que mediante la fiscalización posterior la Entidad ante la cual se ha desarrollado el procedimiento administrativo, queda obligada a verificar la autenticidad de las declaraciones, documentación e información presentada mediante el sistema de muestreo.

En tal sentido, los documentos y declaraciones que se presenten durante la tramitación de un proceso de selección podrán ser sujetos de fiscalización posterior a fin de corroborar su veracidad y autenticidad.

---

<sup>79</sup> "Principio de privilegio de controles posteriores: La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz".

De lo señalado en los párrafos precedentes se desprende que, en virtud del régimen administrativo general, los documentos y declaraciones presentados en un proceso de selección gozan de la presunción de veracidad, por lo que se presume la certeza de su contenido, salvo que exista prueba en contrario.

En esa medida, tratándose de un procedimiento de selección sujeto a la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, sólo si existe prueba de que la información contenida en los documentos y/o declaraciones presentadas no corresponde a la verdad de los hechos, se desvirtuaría la presunción de veracidad, dando lugar a las acciones previstas en la Ley y en el Reglamento.

La presentación de un documento falso o inexacto durante la tramitación del proceso de selección trae como consecuencia la descalificación de la propuesta técnica o la declaratoria de nulidad de la buena pro, en caso dicha documentación haya sido otorgada por el ganador de la buena pro. No obstante, si dicha falsedad o inexactitud no es advertida sino hasta después de la suscripción del contrato o en ejecución de éste, la Entidad podrá declarar de oficio la nulidad de dicho contrato, conforme al artículo 57° de la Ley, concordado con el artículo 202° del Reglamento.

Ahora bien, respecto a las sociedades irregulares, el artículo 423° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades (LGS), señala que una sociedad tendrá la calidad de irregular cuando no se haya constituido e inscrito conforme a lo dispuesto por dicha norma o cuando se configure la situación de hecho que resulta

de que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito.

Como consecuencia de ello, el artículo 424º de la LGS dispone que aquellos administradores, representantes y, en general, quienes se presenten ante terceros actuando en nombre de la sociedad irregular son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por la totalidad de actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad, así esta haya existido desde la constitución.

En tal sentido, se considera como irregular a aquella sociedad que no cumpla con las regulaciones establecidas por la LGS para su constitución e inscripción, cuyos representantes responden solidaria e ilimitadamente por los actos jurídicos producidos desde que se inicia la irregularidad.

De lo expuesto se desprende que la sola condición de irregular por parte de una persona jurídica no implica la trasgresión del principio de presunción de veracidad de los documentos y declaraciones presentados, dado que dicha condición se debe al incumplimiento de las normas establecidas por la LGS para la constitución de sociedades y no la conducta ilícita del o los integrantes de la sociedad irregular. Por lo que los documentos y declaraciones juradas presentadas por una sociedad irregular no vulneran el principio de presunción de veracidad.

### **3.2.- EL ACUERDO PLENARIO N° 7-2009 DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA PERSONA JURÍDICA Y LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS**

El Acuerdo Plenario N° 7-2009 de la Corte Suprema analiza detenidamente el tema, siempre controvertido, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y por supuesto de la aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas. El análisis debe partir desde tres perspectivas concretas, según el Acuerdo Plenario:

En primer lugar, del análisis desde el Derecho Penal material, señalando los presupuestos materiales para la imposición de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas reguladas en el artículo 105 del Código Penal. Efectivamente, el Código Penal incorporó sanciones de carácter penal aplicables a las personas jurídicas y las denominó consecuencias accesorias. Con esta decisión político-criminal la legislación nacional procuraba establecer un inédito nivel de respuesta punitiva frente a aquellos delitos donde resultase involucrada una persona jurídica. Lo cual, por lo demás, se adhería a una consolidada tendencia en el Derecho Comparado. En el considerando 12 señala lo siguiente: “Es pertinente distinguir que este tipo de sanciones penales no son penas accesorias como la de inhabilitación que define el artículo 39 del Código Penal. No son, pues, un complemento dependiente o accesorio a una Pena principal que se imponga al autor del delito. Su calidad accesorio, vicaria o paralela deriva, más bien, de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y

alternativos niveles de imputación, un ente colectivo”. Se trataría, pues, de una especie de exigencia normativa que opera como una condición objetiva para la imposición de consecuencias accesorias.

En segundo lugar, desde el análisis del Derecho Procesal Penal, señalando las condiciones y requisitos para que la persona jurídica (privada y pública), que es una persona distinta a la persona física imputada del delito, sea considerada, o mejor dicho, incorporada como un sujeto procesal válido, para su defensa (material y técnica) respectiva de la imposición de las consecuencias accesorias a la persona jurídica, sobre todo en distritos judiciales donde todavía no se aplica el Código Procesal Penal de 2004, ya que según el citado Acuerdo Plenario debe tenerse en consideración en todo el país lo normado por el artículo 90 y siguientes del Código Procesal Penal de 2004; con tal efecto, la persona jurídica deberá ser comprendida expresamente en sede de instrucción en una resolución judicial de imputación -en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario-, circunscripta a la posible aplicación de consecuencias accesorias, ello sin perjuicio de que concurrentemente pueda haber sido pasible de una imputación en el proceso civil acumulado como tercero civil. Es evidente que nadie puede ser acusado, sin antes haber sido comprendido como procesado o sujeto pasivo del proceso, a fin de que esté en condiciones razonables de ejercer el conjunto de derechos necesarios para afirmar su pretensión defensiva o resistencia: derecho a ser oído, a probar e intervenir en la actividad de investigación y de prueba, a alegar sobre los resultados de aquella actividad, y a impugnar. Al respecto, el Código Procesal Penal ya considera a la persona jurídica

como un nuevo sujeto pasivo del proceso penal en el Título III, de la Sección IV, del Libro Primero. Pero ya no para afrontar únicamente eventuales responsabilidades indemnizatorias, directas o subsidiarias, sino para enfrentar imputaciones directas o acumulativas sobre la realización de un hecho punible y que pueden concluir con la aplicación sobre ella de una sanción penal en su modalidad especial de consecuencia accesorio (...). Esta orientación legislativa, además, dispone, para todo ello, la realización de un proceso penal de corte unitario que comprenderá tanto a personas naturales como jurídicas, aunque con formulación de cargos y requerimientos diferenciados en atención a la naturaleza particular del sujeto imputado y de las necesidades específicas del *thema probandum* que le conciernen. En el Código Procesal Penal las normas relativas a la persona jurídica y a su rol en el proceso penal se encuentran comprendidas entre los artículos 90 a 93. Cada una de estas normas legisla aspectos específicos vinculados con la capacidad procesal, los derechos y garantías reconocidos a las personas jurídicas, así como sobre la actividad procesal que estas pueden desplegar.

Y en tercer lugar, el citado Acuerdo Plenario N° 7-2009 de la Corte Suprema de la República analiza un tema sumamente importante y es que las consecuencias accesorias tendrían que ser valoradas también desde el Derecho Constitucional material, señalando para ello la aplicación judicial del test de proporcionalidad (necesidad, proporcionalidad propiamente dicha) para cada uno de los incisos correspondiente del artículo 105 del Código Penal. El considerando 16° del citado Acuerdo Plenario señala que: "En el artículo 105 del Código Penal

no existen reglas de determinación que orienten la aplicación judicial, así como la justificación interna o externa de las decisiones jurisdiccionales que impongan las distintas consecuencias accesorias que dicha norma contempla. No obstante, esta limitación normativa puede ser superada, de modo transitorio, recurriendo a la implementación judicial de los criterios adoptados, para tal efecto, por el artículo 110 del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora creada por Ley número 29153, en tanto en cuanto sus postulados en modo alguno son implicantes con los establecidos por el vigente Código Penal y constituyen reglas de desarrollo plenamente derivadas desde los principios de lesividad, proporcionalidad y prevención incorporados positivamente en el Título Preliminar del Código Penal. Por lo tanto, corresponde utilizarlos en todo proceso de determinación judicial, cualitativa y cuantitativa, de las consecuencias accesorias que deban imponerse en un caso concreto. Tales criterios son los siguientes:

- Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
- La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
- La gravedad del hecho punible realizado.
- La extensión del daño o peligro causado.
- El beneficio económico obtenido con el delito.
- La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.



- La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.
- La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó solo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

### **3.3.- EL DERECHO PENAL ESPAÑOL Y SU PROCESO DE REFORMA LEGAL PARA INCORPORAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PROPIA PERSONA JURÍDICA**

La última reforma del Código español ha sido efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Una de las novedades más llamativas e importantes consiste en que las personas jurídicas pasan a estar sujetas a responsabilidad penal en caso de que cometan determinados delitos. La Exposición de Motivos de la citada ley justifica esta innovación sobre la base de numerosos "instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos (...))".

Hasta ahora, no era posible imputar delitos a las personas jurídicas (*societas delinquere non potest*), es decir, solamente respondían las personas

físicas que obraran como sus representantes (artículo 31 del Código Penal), independientemente de otro tipo de responsabilidades (administrativa o civil). La teoría general del delito casaba mal con la idea de una persona jurídica cometiendo delitos. Y, en rigor, parece difícil que una asociación o una sociedad anónima actúe dolosamente o sin la diligencia debida. Pues una persona jurídica carece de voluntad propia, o mejor dicho, de una voluntad física o natural. Por ello, esta responsabilidad no encaja con la definición de delito, que figura en el artículo 10 del Código Penal ni con la garantía inexcusable del artículo 5: “No hay pena sin dolo o imprudencia”.

Efectivamente, la Ley Orgánica 5/2010, de fecha 22 de junio (BOE 23 de junio) de reforma del Código Penal español, en su Preámbulo, en el punto VII señala lo siguiente:

“Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos (...)). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea.

Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En consecuencia, se suprime el actual apartado 2 del artículo 31.

En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose -respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos (...))- , la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho Comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad,

reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas solo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento de pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general. Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

En este apartado, al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquella continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión”.

(...)

## **Responsabilidad penal de las propias personas jurídicas**

(...)

### **Tercero**

Se suprime el apartado 2 del artículo 31.

### **Cuarto**

Se añade el artículo 31 bis, que tendrá la siguiente redacción:

- “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.
2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible

dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.
4. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:
  - a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
  - b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas

para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
  - d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.
5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de Derecho Público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores,

fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal".

(...)

## **De las penas impuestas a las personas jurídicas**

### **Quinto**

Se añade la letra j) al apartado 2, se modifica la letra j) y se añaden las letras l) y m) al apartado 3, se modifica la letra g) del apartado 4 y se añade un apartado 7 al artículo 33 con el siguiente contenido:

(...)

"7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.



- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el Sector Público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”.

(...)

#### **Duodécimo**

Se modifican los apartados 3 y 4 del artículo 50, que quedan redactados como sigue:

- “3. Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años.
4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta”.

(...)

#### **Decimotercero**

Se añade un apartado 4 al artículo 52 con la siguiente redacción:

- "4. En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán, , por las siguientes:**
- a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.**
  - b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.**
  - c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos".**

#### **Decimoctavo**

**Se añade un artículo 66 bis nuevo, que tendrá la siguiente redacción:**

**"En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.a a 4.a y 6.a a 8.a del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:**

- 1.a En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la**

extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

- a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.
  - b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
  - c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.
2. Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, esta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que la persona jurídica sea reincidente.
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del primer número del artículo 66.
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

**(...) Trigésimo primero**

Se modifica el artículo 129, que queda redactado como sigue:

- “1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7.

Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior solo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.
3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7".

## **CONCLUSIONES**

- 1) El aforismo latino que dice "*societas delinquere non potest*", la sociedad, la empresa, no puede delinquir, hasta hace pocas décadas, era enunciado de modo categórico, negando la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas y reafirmando el paradigma de la responsabilidad penal individual. A la actualidad, la perspectiva ha cambiado de tal manera que se busca diseñar un sistema legal que permita la incorporación de la responsabilidad penal de las empresas.
- 2) Existe una tendencia creciente en el Derecho europeo continental a reconocer la responsabilidad penal de la persona jurídica; en esa línea, además de la implementación en el Código penal francés de una regla de responsabilidad directa de la propia persona jurídica y la introducción en el Código penal español de una reforma a favor de responsabilizar directamente a la persona jurídica, se observa cómo el Corpus Juris europeo destinado a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea muestra una disposición de responsabilidad penal directa de las corporaciones.
- 3) En el contexto peruano rige casi sin discusión el principio "*societas delinquere non potest*", esto, porque las construcciones punitivas del derecho penal peruano tienen una tendencia única hacia la responsabilidad individual, lo que imposibilita que las "actuaciones" de una persona jurídica puedan subsumirse dentro del concepto "acción" recogido en el artículo 11º

del Código Penal de 1991; así, sólo pueden ser imputadas las conductas de los administradores y representantes de éstas. Sin embargo, en el Código penal vigente, si se acepta de manera innovadora la aplicación de las denominadas "consecuencias accesorias" reguladas en el artículo 105º de dicho cuerpo normativo que, según la doctrina mayoritaria, vendrían a ser verdaderas sanciones penales aun cuando otros consideran que sólo son medidas de seguridad.

- 4) El Acuerdo plenario N° 7-2009/CJ-116, adoptado por el V Pleno jurisdiccional de las Salas penales permanentes y transitorias de la Corte Suprema de nuestro país, sobre las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, en concordancia con el nuevo Código Procesal Penal, esclarece la posibilidad de comprender a la persona jurídica como parte emplazada e incorporada al proceso penal a efectos de la imposición de dichas consecuencias accesorias. Esto constituye un avance en nuestro sistema penal hacia el reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica.
- 5) En cuanto a la viabilidad jurídico penal de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la doctrina cada vez mayoritaria, se inclina a reconocer que las dificultades dogmáticas tradicionales para acoger plenamente la criminalidad de las agrupaciones se originan en el contenido de las nociones fundamentales de la doctrina penal: acción, culpabilidad, capacidad penal. En consecuencia, resulta preferible la construcción de una



teoría del delito orientado directamente hacia las personas jurídicas y que resulte plenamente independiente del constructo correspondiente a las personas naturales.

- 6) Para determinar la pena para las personas jurídicas por el delito de uso de documento falso, en la contratación pública debemos tener en cuenta la última reforma del Código Penal español, efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, del 22 de Junio, específicamente el apartado 7 del artículo 33, donde se establecen las penas que consisten en una multa, disolución de la empresa, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de realizar actividades relacionadas al delito, inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas o para contratar con el sector público, e intervención judicial.

## **RECOMENDACIONES**

- 1) Como no se trata de un problema de la dogmática penal sino de la voluntad legislativa en el ámbito de la política criminal, correspondería a la política general del Estado peruano adoptar la decisión de cambio respecto del proceder tradicional, donde rige el principio "*societas delinquere non potest*", y asumir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- 2) Así como en el derecho civil, respecto de los sujetos de la relación jurídica, el sujeto de derecho en materia penal, tanto como sujeto activo del delito como sujeto pasivo de las sanciones penales, debe ser igualmente determinado por el legislador, el cual debe establecer las condiciones de punibilidad y como define los comportamientos delictuosos en particular.
- 3) Considerando que la dogmática penal no tiene como objeto determinar en qué consiste realmente el delito (hecho social), ni cómo es el ser humano delincuente, no existiendo delitos naturales, ni delincuentes natos, el legislador debe establecer categorías normativas determinadas por la regulación legislativa penal para contemplar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### **APORTES**

- 1) El Congreso de la República, debe otorgar una Ley que modifique los artículos 104 y 105 del Código Penal, estableciendo la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas; la cual a partir de ser aceptada en nuestro ordenamiento jurídico-penal, permitiría entender que aquellas tienen capacidad de acción y culpabilidad.
- 2) Nuestros legisladores deben establecer que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas naturales y de las personas jurídicas no puede ser el mismo, siendo el criterio de imputación a las personas jurídicas el defecto de la organización permanente; pues las personas jurídicas, una vez constituidas y actuando en el mercado económico, cobran existencia y relevancia por sí mismas y responden a fines propios, distintos a los fines e intereses particulares de las personas naturales que puedan haberlas constituido.
- 3) Nuestros legisladores deben determinar las consecuencias accesorias como auténticas penas impuestas sobre las personas jurídicas, y no sobre las personas naturales que las puedan representar; dejando establecido que para la imposición de las consecuencias accesorias contra las personas jurídicas se deben respetar todas las garantías del debido proceso, estando aquellas debidamente representadas en el proceso penal.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- 1.- **SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.** Expansión de Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, 1999.
- 2.- **RIGHI, Esteban.** Antecedentes, evolución y perspectivas del Derecho Penal económico latinoamericano. Tesis Doctoral, Universidad de Buenos Aires, 1990.
- 3.- **SHUNEMANN, Bernd.** Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: CDJP. N°s 1-2, 1996.
- 4.- **MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos.** Derecho Penal Económico, Parte General. Valencia, 1998.
- 5.- **JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.** La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: La Ley. N° 48, 1947.
- 6.- **SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, José Ramón.** Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Themis N° 35, Lima, 1997.

- 7.- **BACIGALUPO, Silvina.** La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Madrid, 1998.
- 8.- **BORDA, Guillermo J.** La persona jurídica y el corrimiento del velo societario. Buenos Aires, 2000.
- 9.- **GARCÍA TEJERA, Norberto J.** Persona Jurídica. Tratamientos en los tipos civil y comercial. Buenos Aires, 1998.
- 10.- **BAJO FERNÁNDEZ, Miguel.** Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial. Madrid, 1978.
- 11.- **SERRANO MAILLO, Alfonso.** Las personas jurídicas frente al Derecho Penal Español. En: DP. 1991-A.
- 12.- **FELLINI, Zulita.** Problemas de imputación en el ámbito de las personas jurídicas. En: Revista de Derecho Penal. Buenos Aires, 2000.
- 13.- **MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio.** La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima, 1999.
- 14.- **BAJO FERNÁNDEZ, Miguel.** Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales. En: Mazuelos, Julio (Comp.), Derecho Penal Económico y de la Empresa. Lima, 1996.

- 15.- **ZUGALDÍA ESPINAR**, José Miguel. Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*. En: CPC. Nº 11, Madrid, 1980.
- 16.- **TIEDEMANN**, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en Derecho Comparado. En: Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 6, Lima.
- 17.- **RONCO**, Mauro. Acerca de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho Italiano. En: *Prudentia iuris* Nº 57, Buenos Aires, 2003.
- 18.- **JAÉN VALLEJO**, Manuel. El espacio judicial común europeo y la unificación del Derecho Penal y Procesal Penal en Europa: el *corpus juris* europeo. En: Crimen y Castigo Nº 1, Buenos Aires, 2001.
- 19.- **CARO CORIA**, Dino Carlos. Derecho Penal del ambiente. Delitos y técnica de tipificación. Lima, 1999.
- 20.- **CASTILLO ALVA**, José Luis. Apuntes sobre la responsabilidad penal de las empresas y las personas jurídicas. En: Normas Legales. Tomo 276, Lima, mayo 1999.

- 21.- **SCHUNEMANN, Bernd.** Cuestiones Dogmáticas y de política criminal. Buenos Aires, 2004.
- 22.- **HIRSCH, Hans Joachim.** El Derecho Penal y Procesal Penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad. Traducción de M. Carmen Alastvey Dobón. En: Derecho Penal, Obras Completas. T. III, Buenos Aires, 2000.
- 23.- **GARCÍA CAVERO, Percy.** Derecho Penal Económico, Parte General. Lima, 2003.
- 24.- **MAZUELOS COELLO, Julio F.** La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del "autor en lugar de otro". En: AA.VV. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima, 2002.
- 25.- **FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo.** Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho Penal español y el Derecho Penal peruano. En: AA.VV. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima, 2002.
- 26.- **MUÑOZ CONDE, Francisco.** Teoría general del delito. Santa fe de Bogotá, 1984.

- 27.- **VILLAVICENCIO, Felipe.** Lecciones de Derecho Penal. Lima, 1990.
- 28.- **REYNA ALFARO, Luis.** Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial. Lima, 2002.
- 29.- **JESCHECK.** Tratado de Derecho Penal, Parte General. Barcelona, 1981.
- 30.- **RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso.** Derecho Penal Español. Parte General. Madrid, 1992.
- 31.- **BAIGÚN, David.** Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Baigún/Zaffaroni/García-Pablos/Pierangeli (coords.), De las penas. Libro homenaje a Isidoro de Benedetti. Buenos Aires, 1997.